DROIT DU FINANCEMENT DES ENTREPRISES

M1 FINANCE
APPRENTISSAGE

TABLE DES MATIERES

DROIT DU FINANCEMENT DES ENTREPRISES

Double approche : droit bancaire/droit des marchés financiers.

- ***Première Partie: droit bancaire***
- ***Deuxième Partie : droit des marchés financiers***

Début 80's : un constat, la place financière de Paris était très en retard par rapport aux grandes places financières mondiales.

Pourquoi ? La période d'expansion économique consécutive à la 2nde guerre mondiale a essentiellement profité aux banques. Pour se financer, les entreprises devaient essentiellement passer par le système bancaire et seules avaient accès aux marchés financiers les très grandes entreprises et uniquement pour des financements à LT.

Fin 70's, grandes places financière (Londres, US) offraient aux entreprises des possibilités beaucoup plus larges de se financer.

C'est à partir de ce constat que les pouvoir publics français ont décidé de relancer le marché de l'argent à la fin des 70's.

➔ <u>Définition juridique :</u>

- Action/obligation : valeurs mobilières
- Traditionnellement, on définit l'action comme un droit de propriété sur l'entreprise, et l'action est la contrepartie d'un apport fait à la société
- L'obligation représente une créance que l'obligataire à sur la société

Définitions partiellement justes car actions et obligations se trouvent au Passif du bilan dans le K et les dettes. Par conséquent, lorsqu'une société est liquidée (« in bonis »=qui a de l'argent) elle doit rembourser ses dettes : exigibilité -> du bas vers le haut, on rembourse d'abord les obligataires et avec ce qui reste les actionnaires.

On a un droit des marchés financier qui s'inspire du droit Américain pour que les investisseurs s'y retrouve et soient attirés à investir en France.

Marché de l’Argent

Avant 1985	Depuis 1985
<u>Marché monétaire : Marché du CT</u> - *Banques* - *ENBAM* : entreprises non bancaires admises sur le marché monétaire (SNCF) ➔ Marché entre banques	➔ But : désintermédiation bancaire **<u>Marché monétaire :</u>** - Nouveau marché : celui des TCM (titres de créances négociables) : • avec la création en 1986 du « billet de trésorerie » : titre de créance émis par une entreprise qui a un besoin de financement sur une période donnée et qui est acquis par un autre agent économique ayant un excédent économique sur la période considéré, il est porteur d’un intérêt. Les billets de trésorerie permettent aux entreprises de se financer entre elles, à cette époque, contrainte encore contraignantes, réservés aux **grandes entreprises**. ➔ Problème : grandes entreprises risquent de moins se tourner vers les banques pour se financer • Certificats de dépôt : établissement à compétences générales (BNP…), **les établissements de crédit** pouvaient émettre des certificats à hauteur d’un certain pourcentage de dépôt reçu sur une période de référence donnée. Pourcentage fixé par le CRBF : comité de réglementation bancaire et financière. • Certificats des IFS (ont disparu) • 1992 : BMTN : bon à moyen terme négociables -> 7 ans (aujourd’hui plus de limitation de durée) ➔ On a donc désormais un marché de CT et de MT - Marché interbancaire : ENBAM ont disparu

Marché boursier (négociation d'actions et d'obligations) : Marché du LT	Marché boursier : LT
- 1er marché jusqu'en 1982 : permettait aux très grandes entreprises d'émettre des actions et des obligations, pour y rentrer il fallait répondre à des critères de bilans très contraignants - Fin 1982 : 2nd marché, réservé aux grosses PME, critères de bilan assouplis	- **Jusqu'en 2005 :** **Les Marchés réglementés :** marché reconnu par les autorités boursières, offre sécurité financière • 1er marché • 2ème marché ➔ Problème : critère de bilan, entreprises nouvelles n'ont pas accès aux marchés financiers (avoir au moins deux bilans certifiés). Les entreprises françaises à fort potentiel de croissance allaient se faire coter sur le NASDAC, idée : le faire en France. • Nouveau Marché (1994) ➔ Intérêt du marché réglementé : offrir une sécurité des flux financiers **Le marché non réglementé** : suit un certain nombre de règle communautaires mais avec fonctionnement plus souple que marché réglementé • Marché OTC : libre de toute cession : « over the count ». - **Depuis 2005 :** - 1er, 2nd et nouveau marché forment le marché Eurolist - Alternext : marché destiné à accueillir les entreprises qui ne répondent pas aux critères d'Eurolist

Rappels :

Une action est une cote part de l'entreprise, c'est une contrepartie de l'apport que l'actionnaire fait à la société. L'obligation représente une créance que l'obligataire a sur cette société. L'ordre d'exigibilité n'est pas le même lors de la dissolution de la société, l'obligataire étant prioritaire sur l'actionnaire.

Une société qui se porte bien et a de l'argent lors de sa dissolution est dite « in bonis ».

Un billet de trésorerie est un titre de créance émis par une entreprise qui a besoin de financement sur une période donnée et qui est acquis par un autre agent économique ayant un excédent de trésorerie sur la période considérée. Le billet de trésorerie est porteur d'intérêt. Le billet de trésorerie permet aux entreprises de se financer entre elles. Au début, seul les très grosses entreprises pouvaient les utiliser car le montant minimum d'un billet de trésorerie était de 5Millions de francs, mais ce montant est retombé rapidement à 1Millions de francs et 150 000€ aujourd'hui.

Les certificats de dépôt s'adressent aux établissements qui reçoivent des dépôts du public (BNP, SocGé,…). Les établissements de crédit pouvaient émettre des certificats à hauteur d'un pourcentage de dépôt reçu sur une période de référence.

Le nouveau marché est destiné aux entreprises à fort potentiel de croissance qui veulent être coté dés la création

Avant 1985, une entreprise qui voulait se financer à CT ne pouvait que s'adresser aux banques (intermédiation bancaire). Pas de marché du MT. Le marché du LT a été ouvert aux PME à partir de 82.

En 25 ans, changement profond dans le financement des entreprises. Auparavant, monopole des banque sauf sur le marché boursier pour les grandes entreprises. Aujourd'hui, les entreprises peuvent se financer sur le marché de l'argent à CT MT et LT. Les PME de grandes tailles peuvent désormais se financer sur ce marché.

Les banques ont réagi et ont tenté de rester au contact des grandes entreprises :

➔ Par l'intermédiaire des MOF : crédit à option multiple :

- Crédit à CT
- Financement de groupe (consent le crédit à la société mère qui va permette le financement des filiales)
- Lignes de substitution : si sociétés émettaient des billets de trésorerie sur le marché, banquier garantissaient le remboursement du billet de trésorerie (sorte de cautionnement).

Ces crédits étaient consentis à des taux extrêmement bas, il s'agissait essentiellement pour les banques de garder un lien avec les entreprises -> Opération commerciale (temporaire).

➔ L'axe banque/assurance : début des 90's : rapprochement du secteur bancaire et du secteur des assurances
➔ Développement du conseil : étude de bilans aux entreprises, comment améliorer rentabilité, début du conseil en gestion de patrimoine.
➔ Investissement en immobilier d'entreprise : investissement dans les 85's, chute de l'immobilier dans les 90's et les banques qui avaient massivement investit dans l'immobilier de bureau ont eu des difficultés financières.
➔ Certaines banques ont voulu maintenir « l'encours de crédit » : ex : une banque prête 100, on rembourse 20, en cours= 80 : ce que l'on doit à la banque. Au lieu de faire un prêt de 100 a une grande entreprise (baisse de demande des grandes entreprises attirées par les marchés financiers) l'idée était de faire 10 prêts de 10 à 10 PME. Course acharnée entre les banques. Les banques qui ont voulu maintenir leur en cours de crédit par l'intermédiaire des PME ont vu au cours des 90's leur contentieux augmenter (PME=plus risqué).

➔ De manière plus générale, les banques ont essayé de se rapprocher des marchés financiers et d'être un intermédiaire pour leur client sur ces marchés. De même, investissement sur ces marchés -> on en voit le résultat avec la crise des subprimes.

Titrisation : transformer des emprunts (créance bancaire) en titres.

  - Subprimes : système : banque accorde un prêt en sachant que le client aura difficultés à rembourser son prêt. La banque a néanmoins une créance. Elle va céder sa créance à un fonds commun de créance (société de gestion) qui va emmètre sur le marché des titres. Des investisseurs vont les payer ce qui va permettre à la banque le remboursement de sa créance. La banque récupère des liquidités qui vont lui permettre de faire des nouveaux prêts : effet multiplicateur de crédit.

Lorsque particulier rembourse son prêt le FCC a les fonds pour rembourser les investisseurs. Si les particuliers ne sont pas en mesure de rembourser leurs prêts : le système s'effondre.

  - Le risque initialement supporté par la banque est transmis aux marchés financiers. On pourrait penser qu'il s'agit d'une gestion prudente des banques, mais dans les investisseurs sur les marchés on retrouve des banques ! Services fonds propres des banques investissent dans des placements plus ou moins risqués, investissement dans les subprimes assurent 15% ! On a promis aux banques des taux intéressant permettant de valoriser leur FPropres mais le système s'effondre.

PREMIERE PARTIE: LE DROIT BANCAIRE

INTRODUCTION : L'ORGANISATION DE LA PROFESSION BANCAIRE

A. LES SOURCES DU DROIT BANCAIRE

I. Les sources internes

a. Bref aperçu historique

La caractéristique du système bancaire est son absence de réglementation d'ensemble jusqu'à la seconde guerre mondiale. Jusque la, à chaque fois que l'on créait un établissement de crédit on le dotait d'un régime juridique spécifique. Par conséquent, le système bancaire français se résumait à une mosaïque de droit : autant de régimes spécifiques que d'établissements de crédits.

Le début de la réglementation bancaire date de la 2nde guerre mondiale.

➔ ***Loi cadre du 16 aout 1940*** qui organisait la production en période de guerre. C'est à ce titre que sont intervenus les lois des 13 et 14 juin 1941 relatives à la réglementation et à l'organisation de la profession bancaire. Cette organisation a été maintenue moyennant quelques aménagements par la loi du 2 décembre 1945. Organisation qui a été maintenue jusqu'à la loi du 29 janvier 1984.

On est parti d'une multiplication de système particulier, un régime particulier a été mis en place de la seconde guerre mondiale jusqu'à 1984. Cependant, ce régime laissait subsister les particularismes anciens.

b. La loi bancaire du 24 janvier 1984

L'état du système en 1984 : on était encore sous la réglementation de la 2nde guerre mondiale, vieille de 40 ans. Problème, à cette date, on a déjà une incidence du droit communautaire : les premières directive en matière bancaire datte des années 70.

-Le règlement s'implique directement dans le droit interne des Etats membres alors qu'une directive doit être transposée dans le droit des Etats membres (par une loi de transposition): une directive peut donner un objectif en laissant aux Etats le choix des moyens-

Directive des 70's tentait de définir « l'établissement de crédit » alors que la loi cadre comprenait tous les régimes crées au fil du temps.

➔ ***Loi du 24/01/1984 du code monétaire et financier***

Les cotés positifs de cette loi :

- Elle a permis une modernisation du cadre juridique dans lequel les établissements de crédit exercent leur activité.
- La loi bancaire de 1984 a permis une unification autant que possible des régimes juridiques existants, a essayé de gommer les particularismes de notre droit bancaire.
- Toutefois, en 1984 l'idée était d'unifier autant que possible mais en respectant les particularismes de chaque établissement. C'est ce qui explique pourquoi cette loi a maintenu la loi du 13 Mars 1917 qui régissait le régime juridique des Banques Populaires.

Le coté positif : rénovation du cadre institutionnel bancaire et un souci d'harmonisation global du système.

La faille de cette loi n'est de ne pas avoir été assez loin dans l'unification du système bancaire (particularismes toujours existant) alors que les directives communautaires étaient déjà en marche et à transposer. Or, le droit bancaire communautaire ne connait absolument pas nos particularismes : difficultés de transposition.

Peu à peu depuis 84, l'évolution du droit communautaire nous a imposé de banaliser notre système bancaire.

ETUDE DE CAS : CREDIT AGRICOLE

- ➔ Financement de l'agriculture, à l'origine ne pouvait financer que les agriculteurs. Chaque année, l'Etat versait au CA une subvention pour qu'il puisse verser des prêts aux agriculteurs à des taux préférentiels. Les agriculteurs avaient donc tout intérêt à se financer auprès du CA.
- ➔ Ce système a marché jusqu'au 80's. Mais l'Etat français versait ce type de subvention à d'autres types d'établissements. Ce système de subvention permettait d'orienter la politique économique de l'Etat.
- ➔ 80's, l'Etat français se fait rappeler à l'ordre car ce système de subvention fausse le jeu de la concurrence bancaire en Europe. Demande à l'Etat français de supprimer les prêts bonifiés (1984-1989).
- ➔ A partir de 89 le CA ne reçoit plus de subvention. En contrepartie de la banalisation du système, la compétence du CA a été élargie à l'ensemble des secteurs d'activités. La conséquence sur un plan institutionnel : ces établissement à statut particulier ont vu leur statut se banaliser et se sont conformer au statut général des établissements de crédit fixé par la loi de 1984.

En 1984, subsistait encore les statuts particuliers, ils ont finalement été abolis sous l'influence du droit communautaire. C'est ce qui permet aussi d'avoir une plus grande facilité de transposition des directives.

c. Le code Monétaire et Financier

A été promulgué en décembre 2000 -> codification à droit constant, signifie que l'on ne modifie pas le droit existant.

d. Les textes professionnels et les usages

- ➔ Les textes professionnels émanent d'autorités du secteur bancaire et financier. Ils concernent la gestion et le fonctionnement des établissements de crédit. Certain textes ont un caractère réglementaire lorsqu'ils sont promulgués au JO. D'autres textes professionnel n'ont pas de caractère réglementaire (juridiquement, ils n'ont pas de force contraignante) -> avis de la Banque de France. En fait, ils ont une force contraignante car ils émanent de la BDF qui est une autorité du secteur bancaire (« soft Law »).

- ➔ Usages : pratique professionnelle habituelle dans un cadre donné. Nombreux dans le secteur bancaire. L'usage s'applique automatiquement entre banques car les banquiers sont des professionnels de même spécialité et par conséquent ils sont sensés connaitre les usages. En revanche, l'application de l'usage entre une banque et un particulier est moins évidente parce que le particulier n'est pas un professionnel et par conséquent il n'est pas sensé connaitre l'usage bancaire. Pour que l'usage s'applique, il faut qu'il soit entré dans le champ contractuel ce qui signifie que une clause du contrat prévoit l'application de l'usage ou que compte tenu de la rédaction du contrat on puisse en déduire que l'usage était applicable.

II. Les sources communautaires

➔ Les textes communautaires sont élaborés par la commission bancaire avec deux organismes :

- ***Le comité consultatif bancaire*** : il a été institué en 1977, a une fonction de réglementation qui a été renforcée en 1989 puisqu'il émet également des avis sur tous les projets que la commission lui soumet en vue d'apporter les adaptations techniques qui sont nécessaires à la législation.

- ***Le groupe de contact*** : à un rôle double :
  - Il doit organiser les échanges d'informations entre les autorités compétentes concernant la réglementation, l'exercice du contrôle ainsi que les difficultés qui peuvent affecter les établissements de crédit ou le secteur bancaire.
  - Il doit réaliser des études sur des problèmes de surveillance bancaire en vue d'améliorer l'efficacité des méthodes de contrôle. La BCE intervient également dans l'élaboration des textes communautaires, elle est consultée sur tous les textes proposés qui entrent dans sa compétence. Ces organismes tirent leur pouvoir du traité de Rome : 57-2 et 31-2. Le traité de Rome donne compétence aux instances communautaires pour élaborer des directives.

    Schématiquement, 3 types de directives :

- Concernant l'harmonisation des normes de gestion des établissements de crédit
- Concernant la liberté d'établissement
- Concernant le contrôle des établissements de crédit

III. Les sources internationales

➔ ***Le comité de Bale :*** crée en 1974 par les gouverneurs des banques centrales du groupe des 10. Il regroupe les représentants des banques centrales des pays membres :

- L'Allemagne GB
- Belgique Italie
- Canada Japon
- USA Pays-Bas
- France Suède

Se sont intégré ensuite le Luxembourg et la Suisse.

Ce groupe est une instance permanente de coopération en matière de surveillance bancaire. Il peut intervenir sans aucun formalisme. Le comité de Bale n'est pas une autorité supranationale donc ses travaux ne sont pas obligatoires. Toutefois, l'UE a repris les travaux du Comité de Bale notamment avec le ratio Cooke.

➔ La chambre de commerce internationale : qui a mis en place des pratiques internationales unifiées auxquels les banques et les particuliers peuvent soumettre leur contrat (contrat type de crédit bail international…).

B. LES ETABLISSEMENTS DE CREDIT

I. Définition

L511-1 du code monétaire et financier : énonce que les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque.

- Il faut avoir une forme juridique adapté à l'activité que l'on se propose d'avoir : la loi bancaire n'impose pas de forme juridique spécifique -> souplesse.
- A titre de profession habituelle : les personnes morales qui ne sont pas agrées établissement de crédit ne peuvent pas effectuer d'opérations de banque. Ne tombe pas sous le coup du monopole bancaire une entreprise qui ferait une opération de banque à titre isolé. Les opérations de banques sont définies à l'article L-511-1 du CMF : ***réception des fonds du public, octroie de crédit, gestion des moyens de paiement.***

Les catégories d'établissement de crédit : L511-9 CMF

- Etablissement à *compétence générale* : toutes les opérations de banque
- Etablissement à *compétence particulière* : certaines opérations de banque

II. L'agrément

Tout établissement de crédit doit recevoir au préalable un agrément avant de commencer son activité : il est délivré par le CECEI : comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Pour l'obtenir il faut remplir un dossier type selon le modèle qui a été publié par le CECEI. Il reprend les différentes mentions que la loi impose au CECEI.

Il y a des conditions relatives

- **A l'établissement lui-même** : sa forme juridique (personne morale), le capital social initial de cette personne morale qui dépend de l'activité que l'établissement de crédit veut avoir.
- **Aux dirigeants :** au moins deux personnes doivent diriger l'établissement de crédit (reprise du droit allemand), il faut qu'il s'agisse de personne expérimentées dans le domaine financier et juridique, et des personnes répondant à des conditions de moralité (impossible si on a fait l'objet de condamnation pénale pour escroquerie ou abus de confiance…)
- **A l'activité :** il faut que l'établissement se propose de faire des opérations de banque

Le CECEI après avoir examiné le programme d'activité se prononce et délivre l'agrément ou le rejette mais elle doit alors motiver son refus. Elle peut aussi réduire le champ de l'agrément demandée, la aussi en motivant sa position. Cet agrément, depuis 1989 vaut passeport Européen.

- ➔ **Directive du 15 décembre 89 concernant les agréments :** a posé le principe que tout établissement de crédit doit recevoir un agrément par son pays d'origine (en France : le CECEI). Cette agrément vaut *passeport européen* c'est-à-dire que tout établissement de crédit agrée peut proposer des prestations de service bancaires dans les autres pays de l'UE ou implanter une succursale dans les autres pays de l'UE sans avoir à demander un nouvel agrément au pays d'accueil (une succursale n'a pas de personnalité morale contrairement à la filiale). Cet établissement de crédit sera contrôlé par l'Etat d'origine. Ex : si cet Etat est la France, c'est la commission bancaire qui contrôlera l'établissement de crédit et ses éventuelles succursales dans les autres pays de l'UE.
- ➔ Les différentes autorités de contrôle de chaque pays d'Europe opèrent de façon différente, pour éviter la fraude il a semblé plus rationnel de confier à une seule unité de contrôle le contrôle d'établissement de crédit et de ses filiales. Les différentes

autorités de contrôle doivent donc passer des accords bilatéraux : la CB (commission bancaire) a donc passé des conventions avec l'ensemble de ses homologues de l'UE. A la fois on favorise la liberté d'établissement mais on craint les fraudes : but contrôle fin !

III. Les conséquences de la qualité d'établissement de crédit

1. LE MONOPOLE

Le monopole : une fois agrée un EC bénéficie d'un monopole, spécifié à l'article *L 511-1 du CMF.* Cet article porte sur toutes les opérations de banque qui sont effectuées de manière habituelles. Pourquoi le droit bancaire a-t-il instauré un monopole ? Car toutes les dispositions du droit bancaire sont des dispositions impératives qui relèvent du droit économique et financier : droit économique et financier mis en place dans un but de sécurité financière.

Par conséquent, un établissement qui a reçu un agrément limité ne peut pas faire croire qu'il a reçu un agrément plus large ! Le non respect du monopole bancaire entraine des sanctions pénale : pouvant aller jusqu'à trois ans d'emprisonnement et une amende jusqu'à 400000 €

Ce monopole bancaire comporte quelques exceptions : sont hors monopole bancaire :

- Entreprises régit par le code des assurances
- Entreprise de réassurance
- FCP
- FCC : fonds commun de créance
- Les entreprises qui consentent aux salariés des avances sur salaire

D'autres exceptions concernent les émissions de Valeurs mobilière et de TCN, et les émissions de prêt de titre et de pension de titre.

Pension de titres : ex -> SG a besoin de 10M, BNP peut lui prêter : la SG va transférer un portefeuille titre d'une valeur minimale de 10M -> recours à la pension/prêt de titre. On peut ainsi faire une opération de prêt avec une garantie accompagné d'un transfert de propriété. Opération de prêt de titre -> hors monopole bancaire, ouvert aux entreprises commerciales.

2. LA RESPONSABILITE BANCAIRE

a. Le devoir de secret

Défini à l'article *L511 – 33 du CMF* qui dispose que tout membre d'un CA et toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou qui y est employé est tenu au secret professionnel. Ce texte s'applique à tous les établissements de crédit : ce devoir de secret bancaire a été institué dans l'intérêt du client. Toutefois, l'usage permet aux banques de donner une appréciation générale sur la situation économique d'un client.

Ce secret bancaire est donc relatif : d'une part, comme il a été instauré au profit du client, le client peut autoriser son banquier à révéler certains éléments à des tiers qu'il précise. De plus, art L511-33 : la loi prévoit un certain nombre d'exceptions : dispose que outre les cas ou la loi le prévoit, le secret professionnel ne peut être opposé ni à la commission bancaire ni à la banque de France ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale.

➔ ***« outre les cas ou la loi le prévoit » :*** certaines législations particulières prévoient la levée du secret bancaire:
  - Lors d'un contrôle fiscal, le FISC peut s'adresser à la banque, de même pour les douanes

- La CB et la BDF car c'est la CB qui s'occupe du contrôle des établissements de crédit et la BDF doit gérer certains services pour le compte d'établissements de crédits : fichier des chèques impayés…
- L'autorité judiciaire : pas de secret bancaire à l'égard des juridictions répressives : le banquier doit témoigner devant les juridictions répressives françaises (pénales), pas de secret bancaire pour le civil

b. Le devoir d'information

Devoir crée par la jurisprudence (création prétorienne), il est la conséquence du fait que le banquier est un professionnel et que c'est donc lui qui a des connaissances dans le domaine économique et financier.

Ex : une banque consent un prêt à une entreprise et demande une caution (personne physique). La caution a refusé de payer en estimant que le banquier n'a pas rempli son devoir d'information ayant des infos privilégiées sur la situation critique de l'entreprise lors du cautionnement : le banquier doit une information à la caution.

Le banquier qui accorde un prêt à une société qui a déjà des difficultés financières certaines -> **soutien abusif** ! L'entreprise va pouvoir continuer à fonctionner de façon artificielle, les fournisseurs peuvent donc penser qu'ils traitent avec une entreprise solvable : s'ils ne parviennent pas à se faire payer, ils peuvent par le biais d'une action en soutien abusif mettre en cause la responsabilité de la banque (art 1382).

Les juges peuvent décider que la responsabilité de la banque est à hauteur de l'augmentation du passif de la société entre avant et après le prêt. Notion de « dirigeant de fait ».

c. Le devoir de vigilance

Il fonctionne avec le principe de non ingérence. Ce principe présente deux aspects :

- Le banquier n'est pas obligé d'intervenir pour empêcher un client d'accomplir une dépense inopportune
- Le banquier ne peut pas refuser d'exécuter les instructions de son client au motif qu'elles ne lui paraissent pas judicieuses

Limite à ce principe de non-ingérence : le devoir de vigilance. La jurisprudence impose au banquier d'être d'une vigilance normale du fait de sa qualité de professionnel. De ce fait le banquier est tenu à certain contrôles. Par exemple, avant d'ouvrir un compte en banque, le banquier doit vérifier l'identité de son client, avant de payer un chèque, il doit s'assurer de la conformité de la signature au spécimen déposé par le client. De même il a un devoir de vigilance sur les mouvements du compte.

IV. Le contrôle des établissements de crédit

Deux aspects :

- La tutelle communautaire
- La tutelle interne

1. LA TUTELLE COMMUNAUTAIRE

a. Le SEBC : système Européen des Banques Centrales

C'est par le traité de Maastricht qu'il a été adopté. C'est ce système qui détient à présent l'essentiel des prérogatives monétaires de l'Europe. Le SEBC est composé des différentes banques centrales des pays de l'UE, et de la BCE. La décision d'emmètre de la monnaie est à présent prise par le SEBC. La BDF est intégrée au SEBC. Il en est résulté un « transfert de compétence » puisqu'auparavant c'est la BDF qui avait le pouvoir d'emmètre de la monnaie en France. *Art L141-1 CMF* -> transfert de compétence. Il précise que dans l'exercice des missions qu'elle accomplit à raison de sa participation au SEBC, la BDF en la

personne de son gouverneur de ses sous gouverneurs ne peut ni solliciter ni accepter d'instructions du gouvernement ou de tout autre personne. Par son intégration au SEBC, la BDF ne relève plus de la tutelle du gouvernement Français pour les missions relevant du SEBC.

Les missions du SEBC : prévues à l'*art. 105 du traité de la communauté Européenne* et confère au SEBC les pouvoirs :

- Pouvoir de **définir et de mettre en œuvre la politique monétaire** de la communauté
- Pouvoir de **conduire les opérations de change**
- Pouvoir de **définir et de gérer les réserves officielles de change** des Etats membres
- Pouvoir de **promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement**
- Le SEBC contribue également au contrôle de la mise en œuvre des politiques menées par les entreprises compétentes de chaque pays en ce qui concerne **le contrôle prudentiel des établissements de crédit et la stabilité du système financier.**
- Enfin, le SEBC peut être consulté sur tout acte communautaire proposé dans les domaines de sa compétence, il peut également être consulté par les autorités nationales sur tout projet de réglementation relevant de sa compétence

Quant au fonctionnement du SEBC : il est composé de la BCE et des BC Nationales il est dirigé par les organes de décision de la BCE à savoir :

- Le conseil des gouverneurs
- Le directoire : composé d'un président, d'un vice président et de quatre autres membres : ces personnes sont nommées d'un commun accord par le gouvernement des Etats membres

b. La Banque Centrale Européenne

Les statuts de la BCE sont annexés *au traité de Maastricht,* la BCE à la personnalité morale. Cette banque est dirigée par les gouverneurs des banques centrales nationales et par un directoire composé de 6 membres. La BCE est un organe indépendant des Etats membres et également de la communauté. C'est ce que précise *l'article 107* du traité qui indique que *ni la BCE ni un membre quelconque de ses organes de décision ne peuvent solliciter ni accepter des instructions des institutions ou organes communautaires des gouvernements des Etats membres ou de toute organisme.*

Les institutions et les organes communautaires ainsi que les gouvernements des Etats membres s'engagent à respecter ce principe et à ne pas chercher à influencer les membres des organes de décision de la BCE. Quant à ses missions, la BCE est seule autorisée à émettre des billets de banque au sein de la communauté, mais ensuite l'émission des billets peut résulter soit de la BCE soit des BC Nationales. De même, les BCN peuvent emmètre des pièces de monnaie mais après l'accord de la BCE.

Par conséquent, la création monétaire est totalement soumise aux contrôles de la BCE. Par ailleurs, le BCE peut recevoir des missions spécifiques qui ont trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit.

2. LA TUTELLE INTERNE

Deux types d'organisme :

- Consultatifs
- De décisions

a. Les organismes consultatifs

Des organismes consultatifs ont été abolit par l*a loi de sécurité financière du 1er aout 2003* : notamment le CRBF : comité de la réglementation bancaire et financière. Pourquoi cet organisme a-t-il été supprimé ?

Du fait des évolutions communautaires, les missions du CRBF avaient été vidées de leur substance. En 84 le CRBF avait des missions importantes : fixer le montant des fonds propres des banques, préciser l'organisation comptable et financière des

banques, l'organisation des réseaux…toutes ces questions ont peu à peu été réglées par des directives communautaires. Par conséquent, le CRBF a été supprimé, et ses missions incombent maintenant au ministre de l'économie et des finances.

Deux organismes ont été crées :

- **Le comité consultatif du secteur financier :** ce comité a pour mission d'étudier les questions qui sont liées aux relations entre les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les entreprises d'assurance et leurs clientèles. Egalement de proposer toutes les mesures appropriées dans ce domaine sous forme d'avis ou de recommandation d'ordre général.

Ce comité est composé en nombre égal de représentants des EC, des entreprises d'investissement, entreprise d'assurance et également de représentants de clientèle.

Pourquoi la création de cet organisme ? Le but est de créer un grand secteur financier : banque/marché/assurance.

- **Le comité consultatif de la législation et de la réglementation financière :** *art L 614-2 CMF*. Il doit être saisit pour avis par le ministre de l'économie de tout projet de loi ou d'ordonnance et de toute proposition de règlement ou de directive communautaire qui traite de questions relatives au secteur de l'assurance, au secteur bancaire et aux entreprises d'investissement. La aussi le but est de créer ce grand secteur banque/marché/assurance.

b. Les organismes de décisions

Il y en a deux :

- **CECEI :** organisme qui délivre les agréments, et qui a **également la capacité de les retirer**. C'est une autorité administrative indépendante, dépourvue de personnalité morale. Sa composition est précisée à l'article *L 612 – 3 du CMF :* il est présidé par le gouverneur de la BDF, il comporte également le directeur du trésor et des personnalités choisies par arrêté du ministre de l'économie (obligatoirement un conseillé d'état, un dirigeant d'EC, un dirigeant d'entreprise d'investissement et un représentant d'organisation syndicale du secteur bancaire). On remarque l'importance du ministre qui nome la majorité des membres : poids non négligeable de l'exécutif.

C'est l'organisme chargé de délivrer l'agrément à la fois aux établissements de crédit mais également aux entreprises d'investissement (qui travaillent sur les marchés financiers).

L'agrément peut être pur et simple, il peut y avoir un refus ou il peut être limité. Il est compètent pour retirer l'agrément : ex : un établissement de crédit a cessé son activité ou dans l'année qui suit la délivrance de l'agrément, n'a pas commencé son activité, ou bien alors les conditions mises à la délivrance de l'agrément ne sont plus respectées par l'établissement de crédit (ex : diminution du Capital social, EC n'a plus qu'un seul dirigeant). Dans cette hypothèse le CECEI peut retirer l'agrément délivré (condition objective). D'après le CMF le CECEI est habilité à délivrer des agréments selon un certain nombre de critères et à le retirer si l'EC ne respecte pas ces critères…. Auparavant, cet agrément pouvait être retiré» du jour au lendemain : si l'EC ne respecte pas ces critères, il met en péril l'épargne déposé, il faut pouvoir éliminer ce risque rapidement.

- **La CB :** commission bancaire : organe de contrôle des banques, **à titre de sanction** peut retirer son agrément à un EC. En tant que sanction, il faut respecter l*es droits de la défense* : notion de droit judiciaire. Par conséquent lorsque la CB retire un agrément, la défense à le droit à un procès équitable !

Lorsque le CECEI enlevait des agréments du jour au lendemain, il y a eu des procès : sur le fondement du droit à la défense. Le législateur est intervenu en obligeant le CECEI à donner un avis et une quinzaine de jours pour répondre (de la part des dirigeants).

La CB est l'organe de contrôle des banques et est chargé de vérifier que les EC respectent la législation bancaire : organe d'application du contrôle. Quand elle fait des contrôles, elle est une autorité administrative indépendante donc dépourvue de personnalité morale. Quand elle prend des décisions spécifiques elle statut en tant que juridiction (ex : mise en redressement d'un EC) et doit donc respecter toutes les règles de procédures applicables à un procès (droit à la défense…).

La composition : président est le gouverneur de la BDF, le directeur du trésor et les membres nommés pour quatre ans, un conseiller d'Etat, un conseiller à la CC et deux personnalité du domaine économique et financier.

Mission : elle peut faire des contrôle sur pièce (les EC doivent adresser régulièrement un certain nombre de documents à la CB, et la CB peut demander certain document) et sur place (CB se déplace au sein des EC et se faire communiquer tous les documents souhaités : pour ces inspections, la CB bénéficie du corps des inspecteurs de la BDF). Les résultats du contrôle doivent être communiqués aux dirigeants des établissements contrôlés et si au cours du contrôle la commission bancaire s'aperçoit d'infractions à la réglementation bancaire, la CB a un pouvoir disciplinaire lui permettant de prononcer des sanctions. Quelles sont-elles :

- **Une mise en garde** : l'EC contrôlé a un certain délai pour se mettre en conformité avec les lois et règlements
- **Pouvoir d'injonction :** demande expressément à un EC de faire le nécessaire sous peine d'un retrait d'agrément (délais).
- Elle peut **retirer l'agrément à l'EC contrôlé** : ce retrait est susceptible de recours devant le conseil d'ETAT.

CHAPITRE 1 : LES COMPTES EN BANQUE

A. LES REGLES GENERALES

I. LA NOTION DE COMPTE

Notion spécialement utilisée par le droit bancaire puisqu'un banquier qui entre en relation d'affaire avec un client ouvre un compte bancaire sur lequel toutes les opérations passées avec ce client seront retracées.

La notion de compte n'est pas spécifique au droit bancaire : le droit commercial connait cette notion, tout comme le droit civil (lors de la liquidation d'un régime matrimoniale : décès, divorce).

1. LES OPERATIONS PAR CAISSE ET OPERATIONS PAR COMPTE

- **Opération par caisse :** est une opération ponctuelle faite au guichet, c'est une opération isolée faite auprès d'un banquier.
- **Opération par compte :** suppose une régularité d'opérations faites avec un banquier

2. LE COMPTE BANCAIRE EST UNE CONVENTION ET UN INSTRUMENT COMPTABLE

Le compte retrace toutes les opérations effectuées pendant une période donnée (tableau débit/crédit) : c'est un document comptable. Mais un compte en banque est également une convention, donc un contrat, et doit répondre à un certain nombre de conditions (*article 1108 code civil :* consentement, capacité, objet, cause).

II. LE REGIME JURIDIQUE

1. L'OUVERTURE DU COMPTE

C'est la conclusion d'un contrat, adapté à la spécificité bancaire 1108 CC:

- **Capacité :** du point de vue du client seulement (banquier évident), il faut être capable, majeur ou bien mineur émancipé. Le problème qui s'est posé concerne les mineurs : principe général d'incapacité. Seulement, l'*article 405 du CC* prévoit que

les mineurs ont une capacité réduite aux besoins de la vie courante. En général, le compte est ouvert par les représentants légaux du mineur et donne mandat au mineur pour faire fonctionner le compte. Les femmes mariées peuvent ouvrir un compte depuis 65.

Ouverture de compte en banque d'une société en formation : les futurs dirigeants ouvrent un compte au nom de la société dans lequel seront déposés les apports de la société mais le compte ne peut pas fonctionner tant que la société n'a pas la personnalité morale (immatriculation au RCS), il faut que la société ait accès à la vie juridique.

- **Le droit à l'ouverture du compte :** question qui a évolué
  - *La situation antérieure à la loi du 29 Juillet 1998* relative à la lutte contre les exclusions : question controversé, selon certains un compte bancaire est un contrat intuitu personae (contrat qui est conclu en fonction de la qualité du cocontractant). Selon d'autres, le banquier avait une mission de service public et par conséquent n'était pas libre de choisir son cocontractant. La loi bancaire a opté pour un régime hybride : elle spécifiait qu'une personne s'était vu refuser l'ouverture d'un compte par deux banque différentes pouvait s'adresser à la BDF.
  - La loi du 29 juillet a permis à toute personne d'avoir un compte en banque : la loi a posé le principe d'un droit au compte, ces dispositions ne bénéficient qu'aux personnes physiques. Ce principe est encadré par la notion de « service bancaire de base » : une banque peut ouvrir un compte mais limiter les servies proposés à son client (décret du 17 Janvier 2001).

- **Le devoir de contrôle du banquier :** le banquier doit préalablement à l'ouverture d'un compte vérifier le domicile et l'identité de son client et il doit également vérifier les antécédents bancaires de son client (personne physique ou morale).

2. LE FONCTIONNEMENT DU COMPTE

a. La tenue matérielle du compte

Lorsque le banquier a ouvert un compte, il s'engage à en assurer le fonctionnement : il doit envoyer un relevé périodique qui est au plus mensuel, et l'on doit aussi prévoir les intérêts qui seront perçus si le compte fonctionne à découvert.

b. Les intérêts et date de valeur

Date de valeur : on encaisse un cheque de 100 qui sera réellement encaissé à j+4 et on retire en même temps (débit) et le banquier va considérer qu'il a été fait à J-3 (donc plus d'agio à payer). Depuis un arrêt de la chambre commerciale de cours de cassation du 6 avril 1994, une banque ne peut pratiquer des dettes de valeur que si elles sont *techniquement justifiées* (encaissement d'un cheque par exemple, virement entre banque).

3. LA CLOTURE DU COMPTE

a. Les causes

Le compte bancaire peut être à durée déterminée (hypothèse rare). Le plus souvent il est à durée indéterminée. Le client, moyennant le respect d'un préavis peut demander la clôture de son compte et le banquier ne peut prononcer la clôture du compte qu'en cas de manquement grave de son client.

b. Les conséquences

Lors du prononcé de la clôture du compte on tire un solde, qui est exigible : aucune opération nouvelle ne peut être faite, seules des opérations antérieures à la clôture du compte mais qui n'auraient pas encore été comptabilisée au moment de la clôture peuvent faire varier le solde du compte.

B. REGLES SPECIFIQUES

I. LE COMPTE COURANT

Compte ouvert aux entreprises même si par abus de langage il désigne celui ouvert par les particuliers

1. LA NOTION

a. Définition

La convention de compte courant est celle par laquelle *deux personnes décident de porter réciproquement en compte toutes les opération juridiques qu'elles feront entre elles de manière à ce qu'il y ait des compensations successives et de ne procéder en principe au règlement qu'a la clôture du compte par le paiement du solde*. Le compte est dit courant parce qu'il enregistre successivement une série d'opération.

b. Les caractères

- **Le caractère intentionnel :** la convention de compte courant suppose la conclusion d'un contrat et la convention est une convention cadre qui fixe les conditions dans lesquelles le compte fonctionnera quand les remises seront opérées.
- **Le caractère matériel :** il s'agit de remettre des sommes d'argent sur des comptes et la remise correspond à des sommes d'argent. En matière de compte courant, il doit y avoir un *enchevêtrement des remises* (banquier et client) : fonctionnement à découvert du compte (enchevêtrement permet avance de trésorerie du banquier).

2. LE FONCTIONNEMENT DU COMPTE

a. Les conditions d'entrée en compte

On a un disponible et un différé du compte :

- Ne peut entrer au **disponible** du compte que les créances certaines, liquides et exigibles. Remise de cheque, disponible immédiatement.
- **Différé du compte** : créance à terme, c'est parce qu'un compte courant peut fonctionner à découvert que l'on a un différé du compte.

b. Les effets de l'entrée en compte

L’entrée en compte d’une créance s’apparente **à la novation :** extinction d’une créance ancienne par la création d’une obligation nouvelle.

La première partie de la définition de la novation s’applique à la créance entrée en compte, mais la deuxième partie de cette définition ne se vérifie pas car on n’a pas de création d’obligation nouvelle : l’obligation ancienne qui est éteinte vient se compenser avec les obligations déjà entrées en compte et va faire varier le solde du compte. De ce fait, l’entrée en compte (de créance) s’apparente aussi à une obligation indivisible.

Juridiquement, l’entrée en compte d’une créance ne s’apparente à aucune figure du droit des obligations : l’entrée en compte s’apparente à la fois à la novation et aux obligations indivisibles.

II. LE COMPTE DE DEPOT

Compte qui est ouvert aux particuliers. A l’origine, un compte de dépôt ne pouvait pas fonctionner à découvert, il n’y avait jamais de remise du banquier, il n’y a qu’un disponible, le différé n’existe pas. Aujourd’hui c’est différent, moins de distinction entre les régimes de compte courant et de compte de dépôt.

Loi MURCEF : impose aux banquiers lors de l’ouverture d’un compte de préciser aux clients les conditions générales de vente.

CAS PRATIQUES

I. METHODOLOGIE :

- Inutile de recopier le cas : seulement faits significatifs
- On peut avoir plusieurs types de questions :
  - Questions de cours déguisées -> structure la réponse, subdivisons
  - Raisonnement juridique : nécessite de formuler des hypothèses

II. CAS PRATIQUE 1 : CAS FFB

QUESTION 1 :

Tout établissement de crédit doit recevoir au préalable un agrément avant de commencer son activité : il est délivré par le CECEI : comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Pour l'obtenir il faut remplir un dossier type selon le modèle qui a été publié par le CECEI. Il reprend les différentes mentions que la loi impose au CECEI.

Il y a des conditions relatives

- **A l'établissement lui-même** : sa forme juridique (personne morale), le capital social initial (doit être précisé) de cette personne morale qui dépend de l'activité que l'établissement de crédit veut avoir.
- **Aux dirigeants :** au moins deux personnes doivent diriger l'établissement de crédit (reprise du droit allemand), il faut qu'il s'agisse de personne expérimentées dans le domaine financier et juridique, et des personnes répondant à des conditions de moralité (impossible si on a fait l'objet de condamnation pénale pour escroquerie ou abus de confiance…)
- **A l'activité :** il faut que l'établissement se propose de faire des opérations de banque

Le CECEI après avoir examiné le programme d'activité se prononce et délivre l'agrément ou le rejette mais elle doit alors motiver son refus. Elle peut aussi réduire le champ de l'agrément demandée, la aussi en motivant sa position. Cet agrément, depuis 1989 vaut passeport Européen.

QUESTION 2 :

Si succursale : pas de problème, il suffit d'avoir l'agrément français du CECEI pour les activités en questions. Mais attention a la création de filiales !

Pour les succursales : il faut informer le CECEI de l'implantation de la succursale dans le pays. (Accords bilatéraux)

QUESTION 3 :

Le retrait de l'agrément peut se faire :

- par le CECEI quand il y a une condition objective, l'agrément peut être retiré» : les dirigeant sont averti à l'avance et ont un délai de réponse de15 jours. Recours possible devant le conseil d'état : mais risque de longueur du procès.

- par la CB : agit à titre de sanction d'où la possibilité de recours devant le conseil d'Etat

Dans les deux cas : un recours de plein contentieux, **la juridiction examine les faits et le droit** !

III. CAS PRATIQUE 2

Compte courant ouvert par la JPC à la SG. Le dirigeant de la société a donné une procuration au DF pour faire fonctionner le compte. Taux du découvert pratiqué 18%/an.

Situation : DF a détourné des fonds, dettes de valeur apparemment abusives, et taux d'intérêt usuraire.

Défaut de surveillance de la banque du fait du nombre et de la fréquence des chèques constituant une anomalie flagrante dans le fonctionnement du compte ?

L'usure s'applique dans toutes les hypo aux particuliers mais il ya une distinction à faire pour les entreprises : elle a disparu pour les prêts, c'est une notion de pur libéralisme. On estime qu'une entreprise qui emprunte au près d'une banque va réaliser des profits et on estime que la banque a droit à une part des profits puisque c'est elle qui avance l'argent, en revanche le taux de l'usure a été maintenu pour les découverts en compte.

En l'espèce nous sommes dans le cas d'un compte courant donc le taux de l'usure s'applique bien.

Pour les dates de valeur, elles devaient être justifiées, exemple : virement entre banques. Revirement de jurisprudence…cette pratique n'était valable que si elle avait une cause et techniquement justifiée : arrêt du 5 avril 1984.

Pour la responsabilité de la banque : elle se doit de vérifier les opérations au débit, devoir de vigilance.

Le dirigeant doit surveiller les comptes de l'entreprise même si dans les grandes entreprise cela n'est jamais fait, par ces relevés de compte si le dirigent n'a avait pas été négligent c'était une chance pour lui de mettre fin au détournement et de s'en rendre compte plus tôt.

Un partage de responsabilité possible dans ce genre d'affaire.

CHAPITRE 2 : LES TRANSFERT DES FONDS

C'est la gestion des moyens de paiement. Il existe 2 grands modes de transfert de fonds (art L511-3 CMF):

- ceux qui interviennent **sur ordre d'une personne**
- ceux effectués **sur présentation d'un titre**

A. LE PAIEMENT SUR ORDRE

I. LE VIREMENT

1. LE VIREMENT TRADITIONNEL

Il permet d'effectuer *un transfert de fonds d'un compte vers un autre* par un simple jeu d'écriture. La banque joue un simple rôle d'intermédiaire entre le donneur d'ordre du compte à débiter et celui du bénéficiaire qu'il fait créditer. Juridiquement la technique utilisée est celle du mandat. Le donneur d'ordre donne mandat à son banquier de transférer les fonds au profit du bénéficiaire et on applique donc le droit commun du mandat. Le contrat de mandat est un contrat spécial : qui est régi par le code civil, théorie applicable à tous les contrats avec certaines spécificités.

2. LES AVIS DE PRELEVEMENTS ET LES TUP (TITRE UNIVERSEL DE PRELEVEMENT)

Par cet avis de prélèvement *un créancier fournit à son débiteur une demande de prélèvement*. L'avis de prélèvements est une modalité qui permet de traiter les mouvements courants et répétitifs.

Le TUP permet d'éviter la complexité de règlement des chèques et le TUP est traité par lecture optique ce qui réduit les coûts de traitement.

II. LES CARTES BANCAIRES

Elles existent e France de puis les années 60 et posent l'intervention de **3 intervenants :**

- l'émetteur de la carte
- le titulaire de la carte
- les commerçants acceptant des règlements par carte.

➔ En 11984 un GIE est constitué : LE GIE carte bancaire qui a pour mission d'assurer la comptabilité des paiements par carte.

GIE= groupe d'intérêt économique : doit agir dans le prolongement de l'activité de ses membres.

La notion de paiement par carte n'est pas très précise car elle regroupe les cartes de paiement, les cartes de retrait et les cartes de crédit émises par un organisme de crédit à la consommation. Le régime juridique des cartes est contractuel, ce sont des *contrats types* donc standardisés et qui ont été mis au point par le GIE carte bancaire.

Le 1er contrat : *entre le banquier et son client*, le contrat est généralement conclu pour une année renouvelable par tacite reconduction sauf résiliation unilatérale et respecter un préavis qui est en général de 3 mois et sauf bien sûr en cas de fautes graves (découvert important.. et la clôture du compte entraine l'obligation de restituer la carte). Par ce contrat le banquier s'engage à payer les factures qui lui sont transmise et débite alors le compte de son client dont il est le mandataire, quant au porteur il s'engage à signer sa carte, à surveiller sa carte, à ne donner son code secret à personne et en cas de perte ou de vol il doit faire opposition dans les meilleurs délais.

2e contrat : *entre le commerçant et le banquier*, il doit adhérer aux règles du GIE carte bancaire. Du côté du banquier : il s'engage à payer immédiatement le commerçant puis le banquier du commerçant se fait rembourser par le banquier du client. Ce mécanisme offre une garantie de paiement au commerçant, ainsi en général le commerçant à partir d'un certain montant doit demander une autorisation au GIE carte bancaire et c'est cette autorisation qui lui permet une garantie de paiement.

Il s'engage à accepter les paiements par carte et à en informer les clients, il paye une commission en adhérant au GIE carte bancaire, le commerçant doit vérifier la validité de la carte et remettre une facture au client.

Les incidents :

Sur les problèmes de perte ou de vols il faut se référer à la loi relative à la sécurité quotidienne, a*rt L 132 2* et suivant du CMF. Celui ci précise qu'il ne peut être fait opposition au paiement qu'en cas de perte, de vols ou d'utilisation frauduleuse de la carte. Quand il s'agit d'opérations réalisées frauduleusement avant opposition et le titulaire de la carte ne doit supporter les débits que dans la limite d'un plafond de 150 euros.

Les montants qui dépasseraient ce plafond doivent lui être restitués, toutefois le titulaire de la carte ne peut bénéficier de ce plafond que s'il a agit avec diligence, il faut donc faire opposition dans les meilleurs délais. En pratique le contrat porteur est fréquemment couplé à une assurance responsabilité et donc dès que le porteur fait opposition, la banque émettrice doit tout mettre en œuvre pour interdire l'utilisation de la carte et en tout état de cause à compter de l'opposition le porteur ne supporte plus les conséquences pécuniaires de l'utilisation de sa carte. Ce régime vaut en cas de perte ou de vol.

Autre problème : utilisation frauduleuse à distance, essentiellement les paiements à distance sur internet. Concerne le cas d'une carte qui ne serait ni perdu ni volé mais dont un tiers a fait usage en utilisant l'identification chiffrée de la carte. Art L 132 4, cet article prévoit le dispositif suivant : la responsabilité du porteur de la carte est dégagée si le paiement contesté a été effectué à distance et frauduleusement sans utilisation matérielle de la carte et dans cette hypothèse le banquier émetteur de la carte doit recréditer le compte de son client dans le mois qui suit la contestation qui doit être faite par écrit.

Il y a un vide juridique : certaines cartes contrefaites reprenne le numéro d'une autre carte avec comme code secret 0000 « yes cards ». Les cartes contrefaites sont de type « Premier » avec forte capacité de retrait hebdomadaire. Il ne s'agit pas d'un paiement à distance ni d'aucune notion définie par le droit. Il faut savoir qu'il y a des réseaux de contrefaçons de carte : lors d'un paiement, il est possible de photocopier le numéro de carte. Au niveau des assurances, il y a un vide, le moyen de se prémunir contre ce risque est d'avoir une carte de base.

B. LES PAIEMENTS SUR TITRE

Il y a les chèques et les effets de commerce.

Le titre est un écrit qui constate un acte juridique de droit cambiaire, on oppose droit cambiaire et droit fondamental.

Entre un vendeur et un acheteur il y a un contrat que l'on appelle **rapport de droit fondamental.** La machine l'acheteur va devoir la payer, et va se superposer à ce rapport de droit fondamental, le moyen de paiement : cheque, lettre de change (**droit cambiaire**).

On va donc superposer deux régimes juridiques :

- Du contrat : rapport de droit fondamental
- Du moyen de paiement : droit cambiaire

Le droit cambiaire est très formaliste : on veut que les moyens de paiement soient aussi sûrs que possible.

I. LE CHEQUE

Il a une origine anglo-saxonne qui remonte au XVIIIème siècle. Il a été introduit en France par une loi du 14 juin 1865, il est encore très utilisé en France alors qu'il est inusité aux USA.

Cheque : titre par lequel une personne dénommée *le «tireur»* donne ordre à une autre personne dénommée le «tiré» de payer une somme déterminée à une 3ème personne : le bénéficiaire.

Par exemple : l'acheteur («tireur») va demander à sa banque («tiré») de payer au bénéficiaire le montant correspondant à la machine.

Les banquiers délivrent des formules de cheque, il y a des conditions de formes et de fonds pour la création d'un cheque

- **De forme** : il y a un certain nombre de mentions obligatoires nécessaire pour que le cheque soit valable : *art L131 -2 CMF*. Il s'agit de la dénomination des chèques, du mandat pur et simple de payer une somme déterminée, il convient d'indiquer également le nom du «tiré», le lieu ou le paiement doit avoir lieu, la date, le lieu de création du cheque et la signature de l'émetteur du cheque. Il y a aussi un certain nombre de mentions facultatives : bénéficiaire du cheque...
- **De fond :** *art L131-4 a1 du CMF* indiquant que le «tiré» doit être un établissement de crédit, un prestataire de service d'investissement, le trésor public, la caisse des dépôts et consignation ou la BDF. Le «tireur» doit répondre aux questions de capacité de droit commun et sa signature doit être vérifiée par le banquier qui fait le virement.

Il faut maintenant évoquer l'existence de la provision : *art L 131-4 CMF* indique que le cheque ne peut être «tiré» que si le «tireur» dispose des fonds au moment de la création du titre. Cette exigence n'est sanctionnée qu'à défaut du paiement du cheque. La provision est constituée par les fonds que le client dépose sur son compte en banque ou bien par une ouverture de crédit : facilités de caisse accordée par le banquier. L'émission du chèque, c'est-à-dire sa remise au porteur entraine *le transfert de la propriété de la provision.* Des l'instant de l'émission la provision quitte le patrimoine du «tireur» et c'est ce qui explique par exemple en cas de décès du «tireur» que le cheque émis doit être payé au «tiré».

Si plusieurs cheque arrivent en même temps au banquier («tiré») et que leur provision est insuffisante, le paiement doit se faire par ordre chronologique en honorant par priorité les chèques les plus anciennement émis en fonction de leur date et de leur numéro.

Paiement du cheque : c'est un titre payable à vue, il peut être présenté au paiement dès son émission quelque soit la date apposée sur le cheque. Ainsi il est inutile de postdater un cheque car des son émission il est payable, de plus il est valable un an à compter de l'émission.

II. LES EFFETS DE COMMERCE

Définition : il s'agit de titres négociables qui constatent au profit du porteur une créance de somme d'argent et qui permet son paiement. L'effet est un titre cambiaire qui incorpore la créance. L'intérêt du droit cambiaire : régime juridique propre. A partir du moment où le titre cambiaire a été crée valablement, le paiement à lieu immédiatement, si le formalisme est respectée, le paiement à lieu, pas d'exception admise !! Il faut faire attention avant de s'engager cambiairement.

1. LA LETTRE DE CHANGE

Définition : écrit par lequel une personne appelée le «tireur» donne ordre à une autre personne, le «tiré», de payer à une époque déterminée une certaine somme d'argent à une troisième personne appelée le bénéficiaire ou porteur.

Lettre de change à une origine ancienne : remonte au Moyen Age, droit du change instauré pour permettre aux marchands qui se rendaient dans les villes de foire de ne pas avoir de somme d'argent sur eux pour éviter les pillages.

C'est un instrument de paiement et un instrument de crédit : exemple de l'entrepreneur qui vend sa machine, machine vendu 100, fournisseur a fournit des pièces qui valent 100 au vendeur, au moment du paiement de la machine, vendeur peut emmètre lettre de change, il est le «tireur», l'acheteur doit payer à une date déterminée, le «tiré», et cette lettre de change sera remise au fournisseur qui en est le bénéficiaire. La lettre de change est donc un moyen de simplification des paiements, par son biais on a qu'un seul paiement de l'acheteur via le fournisseur et non deux.

C'est également un instrument de crédit : le vendeur peut s'adresser à on banquier, lorsqu'il accorde un délai de paiement émet un lettre de change qu'il va remettre à sa banque, le banquier devient bénéficiaire et va créditer immédiatement/sans délais le compte du vendeur de 100 moins intérêts, commissions…

a. La création e la lettre de change

- **Les conditions de forme** : art L 511-1 du code du commerce qui énonce 8 mentions obligatoires
    - Il faut une dénomination de lettre de change
    - Le mandat pur et simple de payer une somme déterminée
    - Le nom de celui qui doit payer : le «tiré»
    - L'échéance doit être mentionnée : date de paiement
    - Le lieu ou le paiement doit s'effectuer
    - Le nom du bénéficiaire
    - La date et le lieu ou la lettre de change a été créée
    - La signature du «tireur»

Si l'une de ces mentions fait défaut, le titre ne peut valoir comme lettre de change.

- **Les conditions de fonds :**
    - Comme tout acte juridique la lettre de change est soumise aux conditions de droit commun : art 1108 cc (consentement…)
    - Cependant, il existe en lettre de change un principe de l' indépendance des signatures qui signifie que lorsqu'une lettre de change porte des signature de personnes incapable, ou bien de fausse signature, les

obligation des autres signataires n'en sont pas moins valables. Ce principe permet d'éviter l'annulation du titre ce qui accroit la sécurité du porteur du titre.

- Quant à la cause, il n'est pas nécessaire de l'indiquer sur le titre

b. L'émission de la lettre de change

Une fois créée, une lettre de change ne devient irrévocable que lorsqu'elle est émise, c'est-à-dire lorsque le «tireur» s'en dessaisit. Dès son émission, la lettre de change devient irrévocable. La circulation de la lettre de change entraine deux conséquences :

- A la différence du cheque, la provision en matière de LdeC doit exister à l'échéance
- La transmission de la provision : la propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change

c. L'acceptation

Définition : engagement cambiaire du «tiré» de payer à l'échéance le montant de la lettre de change et en apposant sa signature, le «tiré» se reconnait débiteur du porteur de la lettre. Il devient alors le débiteur principal de l'effet à la place du «tireur».

L'acceptation est facultative : le «tiré» n'a pas l'obligation d'accepter la lettre qui lui est présentée.

Toutefois, *art L515-15 a9* prévoit que lorsque la lettre de change est créée en exécution d'une convention relative à des fournitures et marchandises est passée entre commerçants et que le «tireur» a satisfait aux obligations résultant du contrat, dans cette hypothèse, le «tiré» ou acheteur ne peut refuser de donner son acceptation. A défaut il perd le bénéfice du terme conventionnel, c'est-à-dire qu'il va devoir payer immédiatement.

d. L'endossement

C'est un mode de circulation de la lettre de change. L'endossement s'opère en apposant au dos du titre une mention selon laquelle le porteur actuel dénommé endosseur ordonne au «tiré» d'effectuer le paiement entre les mains d'un nouveau bénéficiaire qualifié d'endossataire auquel il remet le titre. L'article 511-8 du code de commerce indique que la lettre de change est transmissible par voie d'endossement. Il existe trois types d'endossement :

- **Translatif de propriété :** transmet la propriété de la provision (cf. exemple, vendeur transmet la propriété de la provision à son fournisseur)
- **A titre de procuration :** le bénéficiaire de la lettre de change donne mandat à une autre personne de récupérer la provision de la lettre de change pour son compte
- **L'endossement pignoratif :** (latin pignes : le gage) endossement à titre de garantie. Ex : une entreprise se fait consentir un prêt par une banque moyennant des garanties dans lesquelles on peut donner « l'endossement pignoratif ».

e. L'aval

C'est une garantie donnée par un avaliste pour garantir le paiement à l'échéance, c'est l'équivalent d'un cautionnement, mais cambiaire, la solidarité se présume car nous sommes en droit commercial. Le bénéficiaire peut demander toute la dette à l'avaliste, pas de bénéfice de division + action récursoire.

Il est exprimé avec la formule « bon pour aval » au recto de la lettre de change. L'avaliste est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant. En général, l'avaliste garanti le «tiré», quand il paie la lettre de change, l'avaliste à ensuite un recours contre les «tirés ».

f. Le paiement

La lettre de change doit obligatoirement être remise au paiement par le dernier porteur au lieu indiqué lors de l'émission. Les intérêts au taux légal courent à compter de l'échéance si le «tiré» ne paie pas à l'échéance. Celui qui paie est valablement libéré et la remise est une présomption irréfragable de paiement (qui ne supporte pas la preuve contraire).

En cas de non paiement, à l'échéance il faut le faire constater *par acte authentique* dénommé *« protêt »* dans les 10 jours qui suivent le défaut de paiement. Des que le protêt est dressé, le porteur peut réclamer le paiement à n'importe quel signataire de la lettre et cette règle s'appelle *la solidarité cambiaire*. Si le porteur est négligent (agit au delà des 10 jours), et ne respecte pas le délai il est privé de ses recours cambiaires mais il peut agir sur le terrain du rapport de droit fondamental.

2. LE BILLET A ORDRE

Définition : c'est un écrit par lequel une personne, appelée souscripteur s'oblige à payer à une date déterminée une certaine somme d'argent d'une autre personne appelée bénéficiaire. C'est donc le débiteur qui s'engage à payer directement le bénéficiaire en émettant le titre.

Ex : banque consent un prêt à l'entreprise.

Hypothèse : prêt de 100 en 10 remboursements de 10 prévue chaque année le 1er juillet. Il est spécifié qu'en garantie du paiement le banquier recevra de l'entreprise 10 billets à ordre de 10. Si à l'échéance, l'entreprise ne paie pas spontanément le banquier A, le banquier A remettra le billet à ordre au banquier teneur de compte qui payera le banquier A et débitera le compte de l'entreprise. On est dans l'hypothèse ou le banquier prêteur n'est pas le banquier teneur de compte (banque A/B).

Le billet à ordre est un titre formaliste qui doit comporter un certain nombre de mentions obligatoires (cf. lettre de change) et à défaut le titre ne peut valoir comme billet à ordre. Le titre doit être signé par le souscripteur, il faut également mentionner la date et le lieu de sa création, il faut une clause à ordre qui stipule une promesse pure et simple de payer à une échéance donnée et à un lieu déterminé. Le paiement est du à l'échéance au porteur du billet, on applique les mêmes règles qu'en matière de lettre de change. A défaut de paiement, le porteur doit faire dresser protêt pour exercer les recours cambiaires.

CAS PRATIQUES

ENTREPRISE VELOCITY

a. Avantage d'emmètre une lettre de change dans ce schéma

Vélocity transmet une lettre de change à la SG : elle est tout de suite réglée (moins intérêt et autres frais), et veloloc a un délai de paiement : fixation d'un délai de paiement plus avantageux pour le client.

b. La SG peut-elle demander à l'entreprise veloloc de s'engager à la payer

Acceptation : SG peut demander à veloloc d'accepter la lettre de change.

On est dans l'hypothèse de livraison de marchandise, veloloc ne peut refuser sans perdre le bénéfice du terme/délais de paiement.

➔ *art L515-15 a9* prévoit que lorsque la lettre de change est créée en exécution d'une convention relative à des fournitures et marchandises est passée entre commerçants et que le «tireur» a satisfait aux obligations résultant du contrat, dans cette hypothèse, le «tiré» ou acheteur ne peut refuser de donner son acceptation. A défaut il perd le bénéfice du terme conventionnel, c'est-à-dire qu'il va devoir payer immédiatement.

c. La SG peut elle obtenir une garantie de paiement

Oui, par le biais de l'aval : garantie donnée par un avaliste pour garantir le paiement à l'échéance, c'est l'équivalent d'un cautionnement, mais cambiaire, la solidarité se présume car nous sommes en droit commercial. « Cautionnement cambiaire ».

Solidarité cambiaire en lettre de change : le banquier peut se retourner contre n'importe quel signataire de la lettre.

d. Les étapes essentielles du processus d'escompte

Cf. chapitre suivant.

CHAPITRE 3 : LES CREDITS INTERNES

Définition : la notion de crédit est précisée à l'article L 313-1 du CMF. Cet article dispose que constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend dans l'intérêt de celle-ci un engagement par signature tel qu'un aval un cautionnement ou une garantie.

Sont assimilées à des opérations de crédit :

- Le crédit bail
- De manière générales : toute opération de location assortie d'une option d'achat

Le crédit fait partie des opérations de banque, il est donc soumis au monopole bancaire.

La catégorie des prêts est très variée : CT, MT, LT. Le prêt est un contrat par lequel une partie (l'emprunteur) reçoit de l'autre (le préteur) une chose dont elle peut se servir mais qu'elle doit restituer. On distingue le prêt de l'ouverture de crédit et la pratique de l'ouverture de crédit permet d'octroyer un crédit sans remise immédiate de fonds. L'ouverture de crédit est une promesse de prêt et juridiquement, elle ne constitue un prêt que dans la limite des fonds utilisés.

Distinction :

- Prêt avec mobilisation de créance : crédits qui ont pour fondement une créance que détient l'entreprise qui demande un crédit
- Prêt sans mobilisation de créance

A. LES CREDITS AVEC MOBILISATIONS DE CREANCE

➔ Même finalité (cession de créance) mais avec des régimes juridiques différents.

I. NOTIONS ESSENTIELLES DE LA CESSION DE CREANCE

Art 1690 CC : cession de créance

- Cédant : entrepreneur qui vend une machine au débiteur cédé (acheteur)
- Débiteur cédé (acheteur) doit payer 100 au débiteur cédant (acheteur). Le vendeur doit accorder un délai de paiement de 3 mois à l'acheteur.
- Le vendeur qui a besoin d'argent immédiatement va aller voir sa banque : le vendeur va céder sa créance au banquier (cessionnaire) on a donc un contrat de cession de créance. L'objet du contrat est : la créance de 100.
- L'acheteur (débiteur cédé) : est un tiers au contrat, le contrat ne lui est pas opposable en vertu du principe de l'effet relatif des conventions : « les conventions ne peuvent ni nuire ni profiter aux tiers ».

Conséquence du principe de l'effet relatif des conventions : l'acheteur payera le vendeur et fera remonter la somme au cessionnaire (la banque). Il faut cependant que le vendeur soit honnête et ne garde pas la somme. La banque ne peut se retourner que sur le cédant (vendeur) ce qui est inutile s'il est insolvable.

En d'autres termes : le débiteur cédé est un tiers par rapport au contrat ce qui signifie qu'il peut se libérer en payant le cédant (créancier d'origine). Or l'article 1240 du CC indique que celui qui de bonne foi paye celui qu'il croit être son créancier est valablement libéré. Par conséquent, le cessionnaire n'a aucun recours contre le débiteur cédé.

C'est pourquoi l'article 1690 du code civil prévoit des formalités à accomplir pour que le débiteur cédé ne puisse plus valablement se libérer à l'égard du cédant. Le mécanisme pour rendre le contrat de cession opposable au débiteur cédé : « signification par exploit d'huissier » : on va demander à un huissier de signifier la cession de créance intervenue au débiteur cédé.

Conséquence de cette signification : après la signification, le débiteur cédé (acheteur) qui paierait le cédant (vendeur) s'exposerait à devoir payer une seconde fois le cessionnaire parce qu'il n'est plus protégé par l'article 1240 du code civil.

Principe d'opposabilité des exceptions : signifie que le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire les exceptions au paiement qu'il aurait pu opposer à son vendeur initial, le cédant : ainsi l'acheteur peut décider de payer 70 si le produit livré ne correspond pas au produit commandé

➔ Mécanisme relativement lourd

C'est pourquoi en droit des affaires on a essayé de mettre en place des mécanismes de cessions de créances simplifiés.

II. L'ESCOMPTE

Mécanisme de transmission des obligations.

Le but est toujours le même, créance a terme mais le vendeur a besoin de l'argent immédiatement. Il va céder cette créance à son banquier moyennant le processus de l'escompte.

Définition : l'escompte est une modalité de cession de créance. Il existe différentes modalités d'escompte :

- **L'escompte occasionnel** : ponctuellement une entreprise va demander à son banquier de lui escompter une créance, peu fréquent

- **La convention d'escompte** : en général le banquier va conclure avec son client une convention d'escompte que l'on trouve souvent dans la convention de compte courant. Cette convention d'escompte fixe un plafond d'escompte, également un plafond par créance escompté (au delà de x euros, le banquier retrouvera sa libre appréciation des créances). Les modalités de taux d'intérêt sont prévues puisque l'escompte fait l'objet d'un taux d'intérêt, et le banquier prélève également des commissions, frais et accessoires. Dans certaines hypothèses, l'acheteur va négocier un escompte avec sa propre banque au profit du fournisseur : en fait lorsque l'acheteur est plus « gros » que son fournisseur il peut négocier de meilleurs taux d'intérêt avec son banquier.

Comment se passe une opération d'escompte :

- Fournisseur émet une lettre de change et la transmet au banquier escompteur qui en est le bénéficiaire.
- L'acheteur (débiteur cédé) n'intervient pas dans ce mécanisme sauf si le banquier cessionnaire demande à l'acheteur une acceptation de la lettre de change.

- Le banquier cessionnaire va créditer le compte du vendeur de 100 – commissions et peut demander l'acceptation de la lettre de change par le débiteur cédé

C'est un système de crédit.

Que se passe t il à l'échéance :

- L'acheteur paie le fournisseur qui dépose les fonds sur son compte du banquier cessionnaire, le banquier re-débitera le compte de son client
- Si l'acheteur ne paie pas à bonne date : le banquier peut contrepasser la somme en la prélevant directement sur le compte du vendeur, mais il peut ne pas y avoir d'argent sur le compte du fournisseur vendeur: la banque peut adresser la lettre à l'acheteur mais si l'acheteur n'a pas signé, il n'est pas forcé de payer.
- Si l'acheteur accepte de payer mais 70 et non pas 100 : oui s'il n'a pas signé la lettre, pas obligé de payer le montant exact en faisant valoir l'opposabilité des exceptions car il n'est pas engagé cambiairement. Par contre s'il a signé la lettre il doit payer.

III. LE BORDEREAU DAILLY

Système onéreux pour les banques en personnel (paperasse…) d'où la recherche d'une cession plus simple : la cession Dailly : date d'une loi du de janvier 1981 modifié par la loi bancaire du 24 Janvier 1984 aujourd'hui incorporée dans le CMF. Intérêt : formalisme réduit

Elle concerne les cessions de créance professionnelles uniquement et le régime qui a été institué est un système à modalité variable.

- **Le bordereau :** support matériel de la cession de créance, il s'agit d'un document formaliste qui doit respecter les mentions prévues par la loi Dailly. Les effets du bordereau :
    - Entre les parties et à l'égard des tiers, la cession est parfaite dès la signature du bordereau
    - Il faut sur le bordereau faire la liste des créances cédées, dater le bordereau, le signer pour rendre la cession de créance parfaite
    - Le débiteur cédé n'est pas au courant de la cession intervenue et est protégé par l'article 1240 du code civil, le banquier cessionnaire n'a aucun recours contre l'acheteur.
    - Avec le bordereau Dailly, pas de lettre de change, plus simple mais le banquier n'a aucun recours contre le débiteur cédé. Du point de vue des commissions, le banquier prend moins cher.

- **La notification :** ce système n'est pas très sur pour le banquier d'où le système de notification. Le banquier peut notifier à l'acheteur la cession intervenu : on se passe de constat d'huissier (baisse des frais). Conséquence : l'acheteur qui paierait son fournisseur après la notification s'exposerait à devoir payer une seconde fois car ne serait plus protégé par l'article 1240 du cc.
  L'acheteur peut il demander à payer 70 au lieu de 100 : application du principe de l'opposabilité des exceptions car l'objet de la cession de créance est la créance initiale telle qu'elle existait à la base donc l'acheteur peut opposer au banquier toutes les exceptons qu'il aurait pu opposer à son fournisseur : le banquier a acquis la créance avec ses vices.

- **L'acceptation :** le banquier peut demander à l'acheteur d'accepter la cession Dailly. Quels sont les effets de l'acceptation : art 1240 du cc ne s'applique plus, si l'acheteur payait le fournisseur après acceptation, risque de payer une seconde fois. L'acceptation est un engagement nouveau que prend l'acheteur vis-à-vis de la banque, après avoir accepté l'acheteur ne peut pas évoquer le fait qu'il s'est trompé sur la machine et donc payer moins cher.

Les problèmes d'application de la loi Dailly : Intérêt : formalisme réduit

Certains entrepreneurs dans une passe délicate (compte débiteur) utilisaient cette cession de créance auprès du banquier A et faisait la même chose sur un autre compte avec le banquier B. Ils pensaient que c'était sans gravité car de nombreuses créances étaient à prévoir. Finalement, le fournisseur ne parvient pas à rembourser le banquier B.

Autre schéma : fournisseur cède une seule fois sa créance auprès de A mais fait verser l'argent sur son compte de la banque B.

Le banquier A ne peut pratiquement rien faire car on ne revendique pas des sommes d'argent car l'argent est un bien fongible c'est-à-dire interchangeable : le banquier A ne peut pas récupérer l'argent auprès de B. De plus le banquier B a reçu les fonds en tant que mandataire de son client et n'a donc pas la libre disponibilité des fonds (création prétorienne/jurisprudence)

Que peut faire le banquier A : récupérer l'argent auprès du fournisseur : inutile car sociétés souvent insolvables.

Arrêt 20 mai 2003 : chambre commerciale : le banquier cessionnaire a engagé une action en responsabilité contre le dirigeant du fournisseur (société) en disant que le dirigeant était forcement conscient de la double cession intervenue et qu'il s'agissait la d'une faute d'une exceptionnelle gravité justifiant la mise en jeu de sa responsabilité personnelle.

Un dirigeant qui agit dans le cadre de ses fonctions est protégé par la personnalité morale de la société envers un tiers.

En l'espèce, les avocats avaient plaidé la faute détachable : en soutenant que puisque le dirigeant avait fait une faute très grave il ne pouvait pas avoir agit dans le cadre de ses fonctions puisqu'un dirigeant normal n'agit pas de cette manière : c'est la responsabilité personnelle qui était mise en cause.

La cour de cassation en 2003 a suivit cette argumentation. Evoquer la responsabilité du dirigeant est le seul levier du banquier.

IV. L'AFFACTURAGE

Même mécanisme de base : un vendeur, un acheteur et une société d'affacturage. L'affacturage (factoring) est né aux USA et a été importé en France dans les 60's.

1. DEFINITION

C'est un **mode de mobilisation de créance** et il s'agit d'une technique par laquelle un client (adhérent) transmet ses créances à une société d'affacturage dénommé affactureur qui achète les créances de l'adhérent. Il se charge de les recouvrer et en garantie « la bonne fin » c'est-à-dire prendre le risque de non paiement de la créance.

D'un point de vue juridique, l'affacturage est un contrat innommé qui est né de la pratique.

L'intérêt pratique :

→ Du point de vue de la trésorerie : l'affacturage permet une mobilisation des comptes clients beaucoup plus rapide que par les mécanismes bancaires habituels : meilleure présentation du bilan et donc une meilleure capacité d'emprunt pour le vendeur.

→ La sécurité des crédits : la garantie que procure le factor au vendeur i.e. le bénéfice d'un paiement beaucoup plus rapide et meilleur sécurité de garantie contre le risque débiteur que l'assurance crédit. Les agréments donnés parle factor présentent une sécurité totale que les renseignements sur la solvabilité sur la clientèle sont loin de valoir.

→ L'organisation financière et comptable du point de vue du vendeur. Il ne faut pas penser que le factoring simplifie tout. En revanche il va simplifier une chose : on va avoir plus qu'un seul compte client : le factor.

Les sociétés d'affacturage sont souvent des filiales d'établissements de crédit qui ont un s**tatut d'établissement de crédit à compétence particulière** et qui travaillent sur des globalité de créance : à partir du moment ou une entreprise s'engage envers une société d'affacturage elle s'engage a transmettre toutes ses créances à cette même société contre la garantie de bonne fin délivré par la société d'affacturage : le risque final est supporté par la Sd'A.

Cela a un cout, car si a bonne date l'acheteur ne paie pas, c'est l'affactureur qui va relancer le paiement et supporter le risque de non paiement.

➔ C'est un mécanisme beaucoup plus complet que l'escompte ou la loi Dailly. Par l'affacturage, il y a transmission de la « gestion » des créances et en plus il y a garantie de bonne fin. S'inscrit dans un processus d'externalisation des fonctions de l'entreprise.

2. UNE TYPOLOGIE DE L'AFFACTURAGE : « OLD LINE FACTORING » VS « NEW LINE FACTORING »

Les sociétés d'affacturage ont développé des variantes.

New line factoring : démembrement de l'affacturage :

- **Maturity Factoring :** Dans ce schéma le factor assure la gestion des créances mais ne les paie qu'a leur échéance : service de gestion exclusivement
- **Agency factoring :** l'adhérent continue de gérer ses créances mais le factor les paie par anticipation et de surcroit délivre une garantie de bonne fin
- **Le factoring with records :** le factor gère les créances, les paie par anticipation mais pas de garantie de bonne fin

3. LES MODALITE DE L'AFFACTURAGE

Juridiquement c'est un contrat qui suit le régime du droit des obligations (art 1108…). Ce contrat va fixer le périmètre de l'affacturage, c'est-à-dire que l'entrepreneur va s'engager à verser une globalité de créance. On retrouve aussi certaines caractéristiques du contrat d'escompte : plafond de créance. Si par exemple l'entrepreneur a un montant de créance important, l'affactureur se réserve le droit d'examiner chaque créance dépassant un certain seuil.

Evidemment, le type d'affacturage est précisé et les tarifs sont indiqués : « le prix doit être déterminé ou déterminable »-« vente certaine dès qu'on est d'accord sur la chose et le prix ».

4. LE RECOUVREMENT DES CREANCES

Dans la mesure où la société d'affacturage garantie la bonne fin des opérations, l'affactureur s'engage à procéder au recouvrement de la créance lui-même, à relancer un client qui ne paierait pas et éventuellement à engager des poursuites si un client ne paie pas.

Si le client ne paie pas le vendeur selon le principe de l'effet relatif des créances la société d'affacturage ne peut rien contre le client de bonne foi, elle doit réclamer l'argent à l'adhérent. Pour éviter cela l'affactureur écrit un courrier simple au client pour qu'il ne puisse payer directement le vendeur et paie directement le factor.

5. LE REGIME JURIDIQUE DE L'AFFACTURAGE : LA SUBROGATION

Régime juridique du droit des obligations. La subrogation dans le droit civil est **une modalité d'extinction des obligations**. Le code civil parle de paiement avec subrogation. Donc, la subrogation est liée à un paiement.

Elle est définie par la loi (article 1250 du code civil). Le vendeur adhérent va recevoir du factor le montant des créances qu'il lui a transmis. Ces créances sont matérialisées par les factures qui sont regroupées sur un bordereau qui fait office de quittance subrogative (en émettant le bordereau on transmet le montant de la facture…) :

- pour toutes les créances dont il a crédité le montant à son adhérent le factor agit directement contre le débiteur (l'acquéreur) qui devient, par le mécanisme de la subrogation, son propre débiteur.
- il dispose d'un droit propre vis-à-vis de l'acquéreur. La subrogation est opposable aux tiers qui n'ont pas à en être informés parce que la bonne foi se présume en droit. Le client n'a pas à être d'accord pour que l'on cède la créance à un factor. La cour de cassation : **« … par le seul effet de la remise de la quittance subrogative dont l'établissement ne nécessite ni le consentement ni le concours du débiteur cédé »**.

Dans notre schéma : La société d'affacturage va payer le vendeur à la place de l'acheteur. En échange du paiement, le vendeur va délivrer à la société d'affacturage une quittance subrogative : « Acte qui constate à la fois paiement et substitution du nouveau créancier dans les droits de l'ancien. ». Grace à elle, on fait comme si la société d'affacturage venait à la place du vendeur (prend la place du créancier initial).

En quoi est ce intéressant : si le vendeur bénéficiait d'un cautionnement, grâce à cette quittance la société d'affacturage en bénéficiera aussi. L'acheteur bénéficie de l'opposabilité des exceptions.

Dans le cadre d'un contrat d'affacturage la mention de subrogation indique au client que la facture a été cédée à une société d'affacturage et que cette facture doit être réglée directement au factor.
La quittance subrogative ne peut être délivrée que si la créance est entièrement payée. Ce n'est que dans un second temps qu'intervient le paiement des intérêts. Le paiement complet par le client permet l'extinction de son obligation.

C'est un mécanisme de créance à terme : « créance non échue ».

Opposabilité aux tiers :

- Il sera rappelé que dans le cadre d'un contrat d'affacturage, les créances de l'adhérent sur ses clients sont transmises en propriété au factor par le seul effet de **la subrogation**. Cette subrogation intervenue au bénéfice du factor subrogé est opposable aux tiers sans autres formalités.
- La notification de la subrogation au débiteur cédé **n'a pas d'autre fonction que déterminer le caractère libératoire du paiement effectué par le débiteur** soit au bénéfice du créancier subrogeant, soit au bénéfice du factor subrogé. Les paiements effectués entre les mains du créancier subrogeant ne sont donc pas libératoires, dès lors que le débiteur cédé

a été informé de l'existence de la subrogation par l'insertion d'une mention relative à la subrogation dans le corps de la facture (Com. 14 octobre 1975). Le tiers n'est plus protégé par l'article 1240 du cc.

B. LES CREDITS SANS MOBILISATION DE CREANCE

I. LES PRETS BANCAIRES A CT MT ET LT

1. DISTINCTION : PRET/OUVERTURE DE CREDIT

Le prêt est une somme que le banquier verse sur le compte de son client et qui produit intérêt des le jour de versement des fonds.

L'ouverture de crédit (CT MT) est une somme que le banquier met à la disposition de son client et que ce dernier peut utiliser ou non. Les intérêts ne seront perçus que sur le solde utilisé. Elle peut être à montant constant ou à montant dégressif. Ces crédits sont dits « revolving » : la cagnotte se reconstitue au fur et à mesure des remboursements.

Plus la surface financière de l'entreprise est élevé moins le taux d'intérêt sera élevé : tout dépend du risque prit par la banque. Concernant les entreprises, une ouverture de crédit peut être en multi devises : on va prévoir par exemple que le prêt pourra être utilisé en £,$, €…

2. LES PRINCIPALES CLAUSES D'UN CONTRAT BANCAIRE

Différentes modalités sur la rédaction des contrats :

- On peut rédiger un contrat de prêt classique : « sur mesure » comprenant toutes les spécificités du prêt et les garanties
- Variante plus rapide : le contrat est rédigé en deux parties : « les conditions particulières et les conditions générales ». Les conditions générales sont standards, on y ajoute un volet appelé « conditions particulière » dans lequel figurent l'identité de l'emprunteur, le montant du prêt, les intérêts, l'échéancier de remboursement et les garanties. Il fau faire attention à ce que la personne qui engage l'entreprise soit autorisé à le faire (risque que l'entreprise ne soit pas engagée !) : gérant d'une SARL, DG d'une SA…Souvent fait par procuration au DF.

Les intérêts :

- Taux fixe
- Taux variable : taux de marché + une marge de la banque : il est possible de réduire la variation du taux pour réduire le risque : l'emprunteur demander à ce que la part variable soit encadrée afin de réduire la variation.

Les autres frais, le TEG :

- Commissions, cout de constitution des garanties…

- Le taux effectif global : cout réel de l'emprunt qui comprend les intérêts, frais commissions et accessoire et le cout des garanties. L'intérêt est de mesurer le cout réel de l'argent par rapport au taux de l'usure. Cette notion de taux effectif global s'applique aux particuliers mais ne s'applique plus aux entreprises.

L'échéancier de remboursement donne la durée du prêt : a la fois du principal (capital) et des intérêts

Les garanties : *panorama du droit des suretés*

On parle en droit de **garantie ou de sureté** : on a des garanties énumérées dans une branche spécifiques du droit, le droit des suretés, d'autres ne le sont pas. On a deux types de garanties :

- *Personnelles :* signifie que l'on adjoint au débiteur principal une autre personne qui va s'engager à payer en cas de défaillance du débiteur principal.
    - *La caution* : régime du droit du cautionnement
    - *Les lettres d'intention* : but est d'éviter le droit du cautionnement, c'est une garantie que donne une société mère quand une banque accorde un prêt à l'une de ses filiales. En général, par cette lettre, la SM s'engage à mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour que la filiale soit en mesure de rembourser la banque.
    - *Garanties à première demande* : une SM négocie avec une banque une ouverture de crédit pour elle-même et ses filiales et en cas d'utilisation de l'ouverture de crédit par une de ses filiales elle s'engage à rembourser à la place de ses filiales. « Je m'engage à première demande de votre part à vous régler un somme de… »

- *Réelles :* res = chose (latin), signifie que l'on garantie le paiement par un bien. Deux catégories :
    - *Mobilières :* il s'agit du gage, en garantie de remboursement « je vous donne telle chose » jusqu'au remboursement. Il y a des gages avec dépossession et des gages sans dépossession (nantissement : garantie sur mon outil de travail comme le fonds de commerce par exemple)
    - *Immobilière :* qui porte sur des immeubles : hypothèques, c'est une garantie conférée par le débiteur sur un immeuble lui appartenant. Par ex, un entrepreneur demande un prêt à une banque qui lui consent une hypothèque sur son usine, s'il ne peut rembourser le prêt, le banquier, selon une procédure spécifique pourra vendre le bien pour se faire rembourser.

II. LE CREDIT-BAIL

Il y a plusieurs types de crédit bail, on distingue :

- **Crédit bail mobilier**
- **Crédit bail immobilier**

Mais le schéma d'opération de crédit-bail est identique. **Principe :** une entreprise qui a besoin d'une machine va monter l'opération sous forme de crédit-bail : on fait intervenir une banque, société financière spécialisée dans le crédit-bail, la société de CB va acheter la machine auprès du vendeur et va louer la machine à l'entreprise. L'entreprise paie des « loyers », la durée de location permet à l'entreprise d'acheter le bien moyennant une somme résiduelle à l'issue du contrat de location.

On peut faire des opérations similaires avec des biens immobiliers : l'entreprise vend son siège social à une société de CB qui va louer ce siège social à l'entreprise, les montants de la location vont permettre à l'entreprise de racheter son siège. C'est une opération de trésorerie.

➔ **Intérêt par rapport à un prêt avec hypothèque sur le siège social :** droit des procédures collectives, a pour finalité de sauver des entreprises et de sauver l'emploi mais souvent on sacrifie les créanciers, donc les banques afin d'éviter le droit

des procédures collective deviennent propriétaires et revendent le bien par l'intermédiaire du CB. Les Banques sont ainsi propriétaires et non plus créanciers.

CHAPITRE 4 : LES CREDITS INTERNATIONNAUX

A. LES PRETS A COURT TERME

I. LE CREDIT FOURNISSEUR

L'entreprise vendeur est **un exportateur** et va vendre une machine à un **client étranger** et va faire intervenir **une banque**. Le crédit fournisseur représente une globalité de financement permettant à un entrepreneur d'avoir les fonds nécessaires pour réaliser des exportations. Il y a des frais de prospection, de fabrication, délais de paiement des clients étrangers. Toutes ces opérations nécessitent des avances de fonds.

Ces crédits sont fréquents et on procède généralement de la manière suivante : l'exportateur émet un billet à ordre que le banquier endosse et le paiement du client à l'échéance permet d'éteindre le titre. En cas de non paiement, le banquier se retourne contre le vendeur qui supporte le risque d'impayé du client étranger.

Souvent, on double ce processus d'une technique appelée **« le forfaitage »** : le vendeur ne connait pas forcement son client étranger et ne veut pas prendre de risque de non paiement, il demande alors a son client étranger de négocier un prêt avec sa banque (étrangère) et c'est cette banque étrangère qui va payer directement la banque française. Cela signifie que le prêt consenti à la banque étrangère ne sera pas versé au client étranger. Il s'agit d'éviter un risque de non solvabilité du client étranger. Le risque d'impayé est supporté par le client étranger s'il n'est pas en mesure de rembourser son prêt.

La vente est conclue sous condition suspensive de l'octroie d'un prêt par un banquier local lequel doit s'engager à verser directement les fonds à la banque Française pour le compte du vendeur. Le contrat ne devient parfait que lorsque la condition est réalisée, le cas échéant l'entreprise française est déliée de son engagement de livrer une machine.

II. LE CREDIT ACHETEUR

Mécanisme inverse : acheteur Français et un fournisseur étranger.

L'acheteur va demander un prêt à son banquier afin de payer le fournisseur : il s'agit d'un contrat de prêt entre l'acheteur français et son banquier. La banque française par hypothèse accepte le prêt, et va verser directement les fonds au fournisseur étranger de telle sorte que les fonds ne transitent pas dans le patrimoine de l'acheteur français dont le fournisseur étranger ne connait pas la solvabilité. Les fonds sont en général versés après remise de documents prouvant que le fournisseur étranger a bien livré l'acheteur français. L'acheteur rembourse ensuite son prêt auprès de la banque.

III. LE CREDIT-BAIL INTERNATIONAL

Situation : le crédit preneur et le crédit bailleur (société de CB) dans un même pays et le fournisseur par hypothèse à l'étranger. Sur ces opérations, il y a des contrats internationaux standardisés : c'est la convention d'Ottawa du 28 Mai 1988.

L'entrepreneur français a besoin d'une machine auprès du fournisseur étranger. Ce dernier s'engage à livrer la machine moyennant le versement des fonds par l'EC Français. La société de CB est propriétaire de la machine achetée. On a un contrat de location qui permet au crédit preneur d'acheter le bien pour une somme résiduelle à l'issue du contrat.

IV. L'AFFACTURAGE INTERNATIONAL

Situation : vendeur français qui vend sa machine, acheteur étranger doit un paiement de 100 à son acheteur Français. Le vendeur Français octroie un délai à son acheteur étranger mais il a besoin des fonds immédiatement, il a donc un contrat d'affacturage avec une société d'affacturage. Souvent, pour que l'opération puisse se faire, la SA va demander au vendeur de vendre son bien sous condition suspensive de l'engagement d'une SA (société d'affacturage) locale du même pays que l'acheteur certifiant la solvabilité de l'acheteur et s'engageant si nécessaire à régler la société d'affacturage française en cas de défaillance de l'acheteur étranger.

Dans cette hypothèse, la garantie d'insolvabilité est supporté par la SA étrangère.

V. LE CREDIT DOCUMENTAIRE ET LES SYNDICATIONS BANCAIRES

1. LE CREDIT DOCUMENTAIRE

Le crédit documentaire est l'opération par laquelle une banque appelée banque émettrice accepte à la demande d'un débiteur de mettre des fonds à la disposition d'un créancier contre remise de documents prouvant la bonne exécution de la vente. Ce mode de financement a pour origine la pratique financière internationale.

Situation : acheteur français, banque française et un vendeur étranger.

- **1er contrat :** Contrat entre l'acheteur et le vendeur : vente d'une machine : 100. Dans le contrat de vente est stipule une clause qui va être une **condition suspensive de vente** : « la condition doit se réaliser pour que la vente se fasse » : le vendeur va demander à son client de négocier avec sa banque un crédit par lequel le banquier s'engagera à payer directement le vendeur étranger.

- **2ème Contrat** : Entre l'acheteur français et la banque française : contrat de prêt classique : la banque française va s'engager à verser les fonds au vendeur étranger : « lettre d'engagement ». On y retrouve toutes les clauses d'un contrat de prêt (taux d'intérêt, échéancier de remboursement, garanties…).

- **3ème contrat :** Une fois que ce contrat est signé la banque va adresser par courrier une lettre d'engagement (contrat unilatéral) au vendeur étranger s'engageant à le régler contre remise de documents : dans notre exemple il faudra adresser au banquier des documents prouvant que la machine a bien été livrée à l'acheteur français. Quelque soit la complexité du montage, le banquier ne vérifie qu'une conformité « formelle », il ne se livrera pas à des investigations de fonds pour vérifier par exemple que la machine livrée est bien la machine commandée : on retrouve les mécanismes du droit cambiaire. Si la machine ne correspond pas, le litige se réglera entre l'acheteur et le vendeur et ne concerne pas le banquier.

Le but est ici pour le vendeur d'être aussi sure que possible du paiement

2. LES SYNDICATIONS BANCAIRES

Lorsqu'une grande entreprise a un projet de financement important plusieurs banques vont se grouper pour accorder ce prêt. En général il s'agit d'ouverture de crédit consenti à la fois à la société mère et à ses filiales. A l'origine de ces grands financement : grandes banque Américaines et Anglaises.

Situation : l'entrepreneur s'adresse à un banquier qui va être banquier chef de file. Ensemble, ils définissent le projet. Le banquier chef de file va se livrer à une étude complète du projet. Qu'est ce que cela signifie ? Il y a plusieurs volets :

- **Volet économique :** il s'agit d'apprécier la solidité de l'emprunteur et comment il se situe dans son secteur : situer la capacité de remboursement du client
- **Volet financier :** le banquier va étudier les comptes de la société et établir une comptabilité prévisionnelle intégrant le projet pour s'assurer de la possibilité de remboursement de l'entreprise
- **Etude concernant le projet lui-même :** la cause du prêt ?
- **Etude juridique :** effectifs de la société…

A partir de cette étude, une note est rédigée. Le banquier chef de file va proposer à d'autres banques de participer au projet en proposant à chacune de ces banques sollicitées un montant de participation. Les banques sollicitées reçoivent simultanément une copie de l'étude réalisée par le banquier chef de file. Les banques ont un délai pour répondre, bien entendu elles sont parfaitement libre de refuser, d'accepter purement et simplement ou pour un montant moins important.

Si les banques n'ont pas toute accepté, le banquier chef de file contacte d'autres banques ou le montant de la syndication est réduite en accord avec l'entreprise.

Lorsqu'il y a accord : il faut rédiger « la documentation » sur le contrat. Très souvent, ces contrats sont en anglais et rédigés selon le droit anglo-saxon. Ex : aux USA : certaine branche du droit sont du domaine des Etat d'autre du domaine fédéral.

Il y a les pays de droit écrit et les pays de coutume (UK) -> force de l'habitude et de la répétition. Dans les contrats anglais tout est réécrit alors que nous on se réfère à nos articles, les anglais se référent aux « use of précédent ». Il y a donc des centaines de pages dans un contrat anglais : redoutable !

Ce sont des cabinets d'avocat qui rédigent ces contrats de syndication bancaire. Il s'agit de regarder les clauses essentielles : intérêt, clauses de remboursements…

Ce contrat est signé par les différentes parties : à partir de la l'entreprise peut tirer des fonds sur cette ouverture de crédit.

Les banques qui se sont engagées vont essayer de limiter leur risque dans la syndication : demander à un banquier sous-participant d'intervenir. Les sous participations ont pour but de limiter les risque d'une banque dans un crédit qu'elles on octroyé. Il y a plusieurs sortes de sous participations :

- **Ostensible :** le banquier chef de file et l'entrepreneur sont au courant de la sous participation (au moins le banquier chef de file). Lorsqu'il y aura des remboursements de l'entreprise il faudra diviser. Un banquier sous participant accepte de

participer car c'est assez prestigieux de participer aux grands financements internationaux qui ne concernent normalement que les grandes banques. Il est intéressant pour eux que leur participation soit ostensible

- **Occulte :** le banquier chef de file et l'entrepreneur ne sont pas informés : le banquier chef de file ne connait que le banquier participant qui règle ensuite les versements au sous participant
- **En risque** : exemple : sous participation en risque à hauteur de 50% : dans cette hypothèse le banquier sous participant s'engage à couvrir les pertes du banquier participant dans la dite opération à hauteur de 50% de celle-ci. Dans les sous participations en risque, il est prévu que le banquier sous participant bénéficiera également des garanties prises au titre de la syndication.

  Ex : le banquier participant perd 10 : le sous participant verse 5. Le banquier sous participant demande généralement à participer à hauteur de la prise de risque aux garantis prise : s'il s'agit d'une hypothèque et que le participant gagne 5 à l'échéance, elle reverse 1,5 au sous participant. On dit que pour les garanties le banquier participant et sous participant viennent *« pari pasu »* (au même niveau, signifie que les banques sont au même rang)
- **En risque et trésorerie :** Le banquier doit à tout moment pouvoir céder 100, souvent le banquier désire limiter ses risques : c'est le sous participant qui verse immédiatement au participant : 50% de la somme garantie. Attention, le sous participant prend donc un risque (la moitié) et n'est pas certain de retrouver sa somme. Ici le sous participant verse directement la somme alors que pour la sous participation en risque il le fait que s'il y a des pertes : c'est ici une sorte de financement.

Bien évidemment le banquier participant prend une commission de gestion (intérêt) comme le sous participant.

Mécanisme : l'entreprise émet des appels de fonds au banquier chef de file qui les répercutent au banquier participant qui les répercutent au sous participant.

Les Garanties :

- Elles sont prises par le banquier chef de file au nom de la syndication bancaire. Le banquier chef de file agit au nom de la syndication pour les mettre en œuvre et agir en cas de non remboursement.
- Quand l'entrepreneur est une société mère et qu'il s'agit d'une ouverture de crédit consentie à la société mère et à ses filiales la société mère délivre aux syndicats bancaires **une garantie à première demande** (s'engage à rembourser des la première demande de la banque) en cas de tirage fait par l'une de ses filiales.

Régime juridique : les syndications bancaires ont été qualifiées successivement :

- **De société en participation** entre les banques : société en participation : volonté d'un projet commun, participation aux pertes, société qui a été voulue par ses associé mais n'est pas immatriculé donc pas de personnalité morale. Dans une syndication on a bien un projet commun, une volonté de travailler ensemble et sur un pied d'égalité dans une recherche de bénéfice. Cela a pour conséquence de donner un rôle officiel au banquier chef de file qui à un rôle dans la société en participation : doit rétrocéder les sommes au prorata de la participation de chaque participant…
- On peut dire qu'il y a entre le banquier chef de file et les banquiers participant **un contrat de mandat** : le banquier chef de file agit en nom des banquiers participants.

DEUXIEME PARTIE: LE DROIT DES MARCHES FINANCIERS

Cf. Introduction. Le but de cette réglementation est la sécurité financière.

Loi du 14 décembre 1985 a consacré la liberté de création des valeurs mobilières : les entreprises peuvent créer les titres dont elles ont besoin. La seule chose est qu'on ne peut pas convertir une action en obligation. L'action étant détenue par l'actionnaire lui-même détenteur d'un % du capital de la société. Pour éviter que l'on convertisse action en obligation lorsque la société va mal et ainsi que les actionnaires soit certain d'être remboursé on un interdit la conversion. En effet par définition, les actionnaires sont les derniers remboursés : partie du passif le moins liquide.

Le 24 Juin 2004 (ordonnance) le principe de création de titre est confirmé : on se calle sur les principes anglo-américaines : 3 types de titres :

- Actions
- Obligations
- Preferred shares : « actions de preferences »

Cette ordonnance de 2004 a eu pour effet un alignement international : liberté de création de titres.

Le problème actuel est certainement lié à la liberté de création de titre qui a été laissée malgré une réglementation de plus en plus contraignante. On a fait supporter aux marchés le risque d'insolvabilité de clients des banques.

On est parti dans les 80's à une relance des marchés financiers à une globalisation financière aujourd'hui. Les éléments de cette globalisation :

- **La mise en place du SEBC et de la BCE**. Au plan Européen, la souveraineté monétaire de chaque Etat a été transférée à des autorités supranationales : le SEBC et la BCE. C'est ce qui a permis la globalisation des politiques monétaires en Europe. Ces organismes doivent être indépendants des Etats membres, ils ne doivent ni solliciter de conseils, ni en recevoir de différents Etats membres.

- **C'est le traité de Maastricht** qui a conduit à l'adoption de la Monnaie Unique, l'€ et l'introduction de l'€ a permis la création d'un véritable marché unique en supprimant le risque de change. Le passage à l'€ s'est déroulé selon le calendrier suivant : le 1er Janvier 1999, l'ensemble des marchés de capitaux sont passés à l'€ pour les relations entre professionnels et à partir du 1er janvier 2002, il y a eu un passage à l'€ du grand public.

- **Création d'une plateforme de négociation européenne** : La constitution du groupe EURONEXT : c'est la structure qui gère le marché financier réglementé. Il a été mis en place le 22 septembre 2000 par le rapprochement des bourses de Paris, Bruxelles et d'Amsterdam.
  En 2002, le marché à terme(LIFFE) de Londres a rejoint Euronext. En 2003, c'est l'entreprise de marché portugaise, le BVNP qui en fait de même. Juridiquement, les entreprises de marché nationales, conservent leur existence juridique : on a donc EURONEXT Paris, Amsterdam, Lisbonne et le LIFFE qui a gardé son nom. On a une structure supra nationale : EURONEXT NV qui détient les actions des différentes sociétés nationales. Chaque société nationale continue donc de gérer son marché, mais on superpose aux marché nationaux un ensemble supranational : EURONEXT LIST
  La fusion intervenue entre le NYSE et EURONEXT : a permis la création de la première plateforme mondiale de cotation et du fait du décalage horaire entre Paris et NY, d'avoir une cotation en continue.

- **Les textes financiers :** ont représenté un moyen de la politique financière globale. Il faut reconnaitre une impulsion déterminante au droit communautaire : 5 directives :

  - ***La directive DSI du 10 Mai 1993 :*** directive sur les Services d'investissement : toute entreprise d'investissement doit recevoir un agrément qui entraine passeport Européen (libre prestation de services d'investissements, établissement de succursales), et on a un contrôle par le pays d'origine (AMF en France). On retrouve la même structure qu'en matière bancaire. Cependant en matière bancaire on sait ce qu'est une banque, et entreprise d'investissement est un vocabulaire nouveau ! Une entreprise d'investissement est un intermédiaire sur les marchés financiers.

    Cette terminologie regroupe des professionnels différents : un investisseur va passer un ordre de bourse (ou EC habilité pour être intermédiaire financier), cet établissement va passer l'ordre sur le marché à un négociateur qui va centraliser des ordre de vente et d'achat, qui va passer à un compensateur…L'investisseur peut avoir recours à une société de gestion de portefeuille. Il s'agit de professionnels différents : on les a regroupés : loi du 2 juillet 1996 de transposition de la directive en droit français : « prestataires de services d'investissement » qui regroupe les entreprises d'investissement et les EC.

    La directive DSI a permis une harmonisation du droit des marchés financiers des différents Etats (vise à donner un cadre juridique aux marchés financiers). Par l'agrément qui vaut passeport Européen -> globalisation.

    Les services d'investissements regroupent toute l'intermédiation financière.

    Remarque : En droit des marchés financiers on a à la fois des titres et des contrats:

    - Des titres de capital : action
    - Des titres de créance : obligation
    - Titres de FCC et FCP

  - ***La directive abus de marché du 28 Janvier 2003 :*** vise à combattre les fraudes et concerne essentiellement les délis d'initiés. Il s'agit pour une personne d'exploiter l'information privilégiée dont elle a connaissance pour tirer des profits sur les marchés financiers. Cette directive vise également les « manipulations de marché ».

  - ***La directive prospectus du 4 Novembre 2003:*** lié à la globalisation des marchés : ensemble très important, le but est de renforcer la protection des investisseurs. Les autorités communautaires ont considéré que la création d'un marché financier commun passe par l'harmonisation du contenue de l'information qui est donné aux investisseur dans tous les pays de l'UE. Cette information est contenue dans un document : « le prospectus ». Le but est de faciliter les opérations d'émissions et de placement transfrontières au moyen du passeport Européen. Le principe du passeport européen se traduit par la validité sur le territoire de l'UE du prospectus qui est approuvé par l'AMF ou bien son équivalent au sein de chaque pays de l'UE. En réalité, il y a un prospectus complet destiné aux autorités de marché, et un simplifié pour les investisseurs. Ce prospectus doit être visé par l'AMF, et l'AMF a établit un prospectus type et les investisseur doivent s'y conformer.

    La directive prospectus a consacré le recours à la langue usuelle en matière financière : l'Anglais. Jusqu'à présent c'était en Français pour une entreprise Française.

  - ***La directive transparence du 15 Décembre 2004 :*** a pour but d'obliger les émetteurs à donner une meilleure information aux investisseurs. C'est ainsi que les sociétés doivent publier régulièrement des informations destinées au public.
    - ⇨ Les sociétés émettrices ont de plus en plus de document à diffuser (communication financière) : cotation sur les marchés est contraignante <-> complément de la directive prospectus
    - ⇨ En même temps on a une liberté de création de titre : ce qui a mené à l'émission de tires dangereux pour les investisseurs

- ⇨ On sera efficace que si l'on contrôle les titres émis par les sociétés (réglementation ne permettant pas de mettre sur le marché des titres à haut risque)

- ***Directive MIF : 31 avril 2004 :***

- ⇨ a abrogé la directive du 10 Mai 1993 mais a repris son cadre : tout entreprise d'investissement doit avoir un agrément dans son pays d'origine et cet agrément entraine un passeport Européen qui permet d'établir des succursale et de proposer des services d'investissement dans tous les pays de l'UE. Cette entreprise d'investissement (succursale) est contrôlée par le pays d'origine. Par entreprise d'investissement on regroupe tous les professionnels qui gravitent autours des marchés financiers : sur le marché mais aussi en amont et en aval. Toutes les entreprises d'investissement sont contrôlées par l'AMF.

  Les opérations d'achat et de vente de titres devaient se dénouer sur le marché boursier : système Européen, monopole boursier des bourses continentales (toujours en vigueur avec la directive de 1993). En revanche dans les pays anglo-saxons, ce système n'a jamais existé.

  Monopole boursier : toute transaction sur les valeurs mobilières devait avoir lieu sur la bourse : si on a des titres de sociétés cotées on devait obligatoirement passer par Euronext (plateforme de négociation de titre).

- ⇨ La directive MIF a mis fin au monopole boursier, a complété les instruments financiers et la notion de service d'investissement…

  Par exemple une banque peut mettre elle-même sans passer par une société de bourse ses clients qui souhaiteraient vendre et acheter le même titre. On peut aujourd'hui passer « hors marché » -> internationalisation des ordres.

  C'est le système anglais qui s'impose en Europe !

1ERE PARTIE : LE MARCHE MONETAIRE

CHAPITRE 1 : LES STRUCTURES DU MARCHE MONETAIRE

A. LA STRUCTURE DU MARCHE INTERBANCAIRE

I. LES INTERVENANTS DU MARCHE INTERBANCAIRE

Les intervenants habilités sont multiple, il s'agit des EC et des entreprises d'investissement mais aussi des institutions qui sont régis par l'article L-518-1 du CMF : à savoir, la BDF, le Trésor Public, La Poste et la Caisse des Dépôts et Conciliations.

La BDF est l'organe de tutelle du marché interbancaire. Elle y joue un rôle primordial car elle anime le marché interbancaire en assurant la liquidité, ce qui permet aux différentes banques de se refinancer à des taux privilégiés. Dans le cadre de l'organisation du marché monétaire, la BDF assure également d'autres fonctions parmi lesquelles on peut citer la tenue des comptes courants des Bon du Trésor et assure également la gestion du système de règlement-livraison. Mais la BDF n'est aujourd'hui qu'un maillon du système Européen puisqu'elle fait partie du SEBC. Donc, elle est avant tout une Banque Centrale Nationale qui intervient quotidiennement selon des modalités uniformes fixées au plan Européen donc la BDF n'a plus la latitude qu'elle avait avant l'entrée en vigueur du système Européen.

II. LES REGLES DEONTOOGIQUE

Il existe un comité du marché interbancaire qui a été crée en 1993 et qui a mis en place un ensemble de règles déontologiques. La finalité de ces normes est de doter l'ensemble des participants au marché interbancaire, d'un texte de référence sur lequel ils s'appuieront pour guider leur action.

Les principaux points traités avait trait à la confidentialité des opérations, aux règles des conflits d'intérêts aux usages et pratiques de marché et également à des considérations éthiques.

B. LES STRUCTURES DU MARCHE DES TITRES DE CREANCE NEGOCIABLE

I. LA BDF

Elle est chargée de prendre les mesures nécessaires à l'application des règles édictées pour assurer le fonctionnement normal du marché. La BDF contrôle le respect par les émetteurs des conditions d'émission des TCN. Elle peut suspendre ou interdire d'émission un émetteur qui manque au respect de ses dispositions. La BDF doit également être informée de l'entrée de tout émetteur sur le marché et les émetteurs doivent lui adresser un dossier de présentation financière et le mettre régulièrement à jour. La BDF est l'organe de tutelle des marchés interbancaire et TCN.

II. L'AMF

Pour le marché des titres de créance négociable, l'AMF est l'autre organe de tutelle. Elle a pour mission de contrôler les programmes d'émission de titres des émetteurs.

CHAPITRE 2 : LES FINANCEMENTS SUR LE MARCHE MONETAIRES

A. LES FINANCEMENT SUR LE MARCHE INTERBANCAIRE

I. LA PENSION DE TITRE

1. DEFINITION

Entre entreprise ou entre banque sur le marché interbancaire.

Situation : la SG a besoin de 100M € et demande à la BNP si sous 48h elle peut lui prêter la somme. La BNP va accepter et transférer la somme et la SG va transférer un portefeuille titre à hauteur de 100 voir plus M d'€ : c'est un transfert de propriété.

On aurait pu avoir recours à un prêt normal assorti d'un nantissement de titre : mais c'est un processus long qui ne convient pas pour des opérations de ce type de très CT. Essor de ce type d'opérations dans les 80's.

Les opérateurs se sont mis aussi à faire des ventes à révérée (avec option de rachat) mais s'est avérée assez dangereuse.
Une autre solution : le prêt de titre adossée au prêt à la consommation mais pas très adapté. D'où l'arrivé des pensions de titre qui a pour origine la pratique bancaire.

- ⇨ Loi du 31 décembre 1993 pour fixer le régime juridique de la pension de titre.

Définition : pension de titre définie dans le CMF à l'article L132-12. La pension est l'opération par laquelle une personne morale **cède en pleine propriété** à une autre personne morale moyennant un prix convenu des valeurs titres ou effets et par laquelle le cédant et le cessionnaire s'engage respectivement et irrévocablement la première, à reprendre les valeurs et la seconde, à les rétrocéder pour un prix et à une date convenue. Les parties peuvent également convenir de remises complémentaires en pleine propriété de valeurs, de titres ou d'argent pour tenir compte de l'évolution de la valeur ou des effets remis en pension.

- ⇨ « pleine propriété » : la propriété en droit est défini par trois attributs : usus, abusus, fructus : ici, il ne s'agit pas d'un transfert « pure et simple » de propriété mais d'une propriété « fiduciaire » : propriété à titre de garantie, c'est-à-dire que le propriétaire n'a ni l'usus ni le fructus mais seulement l'abusus (les dividendes sont toujours versés à la SG, et c'est seulement si la SG ne paie pas que les dividendes reviendront à la BNP). En fait ces titres n'apparaitront pas sur les comptes de la BNP, la BNP n'a que la faculté de vendre si elle n'est pas remboursée : si elle vend les titres 120 elle n'a droit qu'à sa créance, soit 100 et doit restituer 20.

2. LE REGIME DE LA PENSION DE TITRE

Le régime de la pension de titre est de réaliser une aliénation fiduciaire et non une cession en pleine propriété.

Conséquence de l'aliénation fiduciaire : le cessionnaire (qui reçoit les titres) n'a pas droit aux dividendes qui sont produits par les titres mis en pension.

- **Au plan comptable**, le cédant maintient à l'actif de son bilan les titres mis en pension. Simplement, ces titres doivent être individualisés dans une rubrique spécifique et faire l'objet d'une mention dans l'annexe des comptes annuels. Parallèlement, le cessionnaire n'inscrit pas dans son bilan les titres reçus en pension mais il enregistre à l'actif de son bilan le montant de sa créance sur le cédant dans une rubrique spécifique. Donc, le régime institué a pour effet de neutraliser les conséquences comptables du transfert de propriété.

- **Au plan fiscal :** le législateur a aussi institué une neutralité de l'opération de pension. Durant l'opération de pension le cédant est réputé fiscalement propriétaire des titres et il continue de les traiter selon les règles propres au portefeuille auxquels ils appartiennent et à l'échéance de la pension le cédant solde sa dette par le paiement du prix de rétrocession (remboursement du prêt) et le cessionnaire lu restitue les titres. L'écart entre le prix de rétrocession et le montant de la dette constitue la rémunération du cessionnaire.

  Fiscalement, l'opération de pension ne dégage pas de résultat de cession. Quant au cessionnaire, il annule sa créance et encaisse le prix de rétrocession et enregistre le paiement de sa rémunération.

II. LE REESCOMPTE

Situation : lors d'escompte, la banque peut elle-même avoir des besoins de liquidité et se refinance sur le marché monétaire. Le réescompte a pour but de refinancer la banque de telle sorte qu'elle face de nouvelles opérations d'escompte. Le réescompte selon les périodes est plus ou moins facile, le taux est plus ou moins avantageux : si la BCE souhaite injecter de l'argent sur les marchés le taux sera bas et avantageux, à l'inverse si le taux est haut les banque auront du mal a se refinancer et les entreprise aussi.

B. LES FINANCEMENT SUR LE MARCHE DES TCN

I. DISPOSITION GENERALES

1. L'INTRODUCTION DES TITRES SUR LE MARCHE

Un agent économique qui souhaite émettre des TCN peut faire noter son programme et il doit établir un dossier de présentation financière et en l'absence de notation l'émetteur doit obtenir un visa de l'AMF.

a. La notation

La notation est une méthode d'évaluation des risques attachée aux titres émis sur le marché dont le résultat est la délivrance d'une note. (Meilleure : AAA). La note attribuée concerne principalement le titre émis et pas la société elle-même : exemple : si à un même moment, une même entreprise procède à deux émissions de billets de trésorerie, l'une non assortie de garantie et l'autre assortie de garantie, la seconde émission sera mieux notée que la première.

b. Le dossier de présentation financière

Les émetteurs de TCN doivent établir un document d'information qui doit contenir les éléments suivants :

- Le montant prévu de l'émission
- Les devises dans lesquelles l'émetteur envisage de libeller les émissions
- Les caractéristiques des titres : durée, taux, échéance
- Il faut aussi préciser si l'émission se fera avec ou sans garantie

Simultanément, l'émetteur doit établir une fiche de renseignement qui comprend les éléments suivants :

- Renseignements concernant l'émetteur : dénomination, siège social, date de constitution…
- Renseignements concernant le capital de l'émetteur : capital souscrit, catégorie de titre, indication des actionnaires détenant au moins 5% du capital
- Renseignements relatifs à l'activité de l'émetteur : situation économique de l'émetteur, évolution prévisible de son activité et également de sa situation financière.

c. L'intervention de l'AMF

Elle intervient si l'émetteur n'a pas fait noté son programme, il doit alors faire viser un dossier d présentation financière. En revanche si l'émetteur a fait viser son programme par une agence de notation il lui suffit d'informer la BDF deux semaines avant l'émission des titres par l'envoi d'un dossier de présentation financière.

2. L'INFORMATION PERMANENTE A DIFFUSER

Le dossier de présentation financière doit faire l'objet d'une mise à jour annuelle et l'AMF est chargée de veiller au respect de cette obligation. Si elle constate des carences ou des omissions, elle peut mettre les émetteurs en mesure de régulariser leur situation. A défaut de régularisation elle peut mettre un terme au visa ou demander à la BDF la suspension des émissions de l'émetteur concerné.

⇨ Marché TCN n'est pas reconnu comme un marché réglementé, c'est un marché organisé

II. LES REGLES PROPRES A CHAQUE CATEGORIE DE TITRE

L'ouverture du marché monétaire à tous les agents économique durant les 80's a conduit les pouvoirs publics à créer deux nouveaux produits financiers :

- Billets de trésorerie

- Certificat de dépôt
- Bon a moyen terme négociable

1. Les billets de trésorerie

Ils permettent aux entreprises de se financer à CT : un jour à un an. Des lors création ils ont connu un grand succès : les émetteurs de billets de trésorerie sont le grandes entreprises, le montant unitaire des billets de trésorerie est d'au moins 150 00 €.

En théorie, ils peuvent circuler, mais dans la pratique le marché secondaire est très peu animé parce qu'en général, ce sont des titres émis à très CT.

2. Les certificats de dépôts

Ils doivent avoir une échéance fixe : leur durée doit varier entre un jour et un an, leur montant unitaire doit également être égal au moins à 150 000 €. Ils sont rémunérés à un taux dont le montant est librement fixé au moment de l'émission des titres. La aussi, le marché secondaire de ces titres est pratiquement inexistant.

3. LES BMTN

Ils sont par la loi du 26 juillet 1991. A l'origine leur durée devait être supérieur à un an et inferieur à 7 ans car leur but était de créer une jonction entre financement CT et LT. Aujourd'hui, il n'y a plus de limite supérieur. Le montant unitaire d'un BMTN st également de 150000€. La rémunération des BMTN est librement déterminée au moment de leur émission : il peut s'agir d'un taux fixe ou d'un taux variable.

2NDE PARTIE MARCHE BOURSIER

CHAPITRE 1 : L'AUTORITE DE TUTELLE DES MARCHES FINANCIERS : L'AMF

L'AMF existe depuis la loi de sécurité financière de 2003 : fusion de la COB (commission des opérations de bourse) et du CMF (conseil des marchés financiers) ainsi que du conseil de discipline de la gestion financière. La plupart de nos voisins européens n'avaient qu'une seule autorité de contrôle : il y a des raisons internationales à sa création. Mais aussi des raisons internes : il fallait éviter les chevauchements de compétence et clarifier les formalité que les entreprises devaient faires.

A. LE STATUT DE L'AMF

I. LA NATURE JURIDIQUE

1. LA QUALIFICATION

L'AMF est qualifié « d'autorité », ce terme d'autorité a pour finalité de placer la nouvelle autorité de marché au rang des institutions. Le législateur a ainsi crée une nouvelle catégorie de « *personnes juridique de droit public* ». L'AMF est une autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale. La COB était elle une autorité administrative indépendante qui n'était pas doté de la personnalité morale.

2. LES CONSEQUENCES DE LA PERSONNALITE MORALE

La personnalité morale renforce tout d'abord l'indépendance de l'AMF et elle est ainsi responsable de ses actes alors que la COB n'en était pas responsable, c'était l'Etat qui réparait les dommages causés par la COB.

La personnalité morale permet d'accéder à la vie juridique et notamment cela confère à l'AMF la possibilité d'ester en justice.

La personnalité morale permet enfin à l'AMF d'avoir un budget propre. Pas forcement bon car l'AMF a alors besoin d'avoir des ressources, des formalités sont devenues payantes : défavorable pour les sociétés.

II. LA COMPOSITION

AMF est composé :

- D'un collège plénier
- D'une commission des sanctions

Dans les années 90, les sanctions prononcées par la COB étaient régulièrement annulées pour manque d'impartialité.

On a assimilé les sanctions prononcées par la COB a des sanctions pénale du fait de leur « importance » (sanctions administratives assimilées a du droit pénal). Or, pour tout procès pénal, la CESDH (article 6) dit que toute personne a droit à un procès équitable se déroulant dans des conditions impartiale, et on a le droit d'être jugé dans un délais raisonnable. Si on assimile ces sanctions à des sanctions pénale cela veut dire que l'on doit adopter la procédure pénale :

- Une personne qui poursuit : ministère
- Une qui instruit : juge d'instruction
- Un qui juge : formation de jugement

Or, les trois parties doivent être indépendantes, le juge d'instruction ne doit pas faire partie de la formation de jugement.

Concernant la COB, le président décidait des poursuites qui nommait un rapporteur et dans la formation de jugement on retrouvait ces mêmes président et rapporteur. La CA de Paris cassait donc régulièrement les décisions de la COB. (Celui qui poursuit et celui qui instruit faisaient partie de la formation de jugement).

Aujourd'hui, c'est le président de l'AMF qui décide des poursuites, un rapporteur va être nommé mais il ne fera pas partie de la formation de jugement.

1. LE COLLEGE PLENIER

Le collège plénier : il est composé de 16 membres qui ont un mandat de 5 ans renouvelable une fois sauf pour le président.

Les membres de l'AMF sont : le président (nommé par décret du président de la République), un conseiller d'Etat nommé par le président du conseil d'Etat, un conseiller de la CC nommé par le premier président de la CC, un représentant de la BDF, le président du conseil national de la comptabilité, 3 personnalités nommées respectivement par le président du sénat, le président de l'Assemblée Nationale et le président du conseil économique et social. Il y a 6 membres nommés à raison de leurs compétences économiques et financières par le ministre de l'économie et un représentant des salariés des entreprises d'investissement nommé également par le ministre de l'économie.

La composition du collège plénier appelle les remarques suivantes :

- Une pluralité d'autorités qui nome les membres de l'AMF : reprise de ce qu'il se passait avant pour la COB : loi du 2 juillet 96 avait mis en place cette pluralité d'autorités nommant les membres de la COB dans le but que la COB soit un organe indépendant.
- On a malgré tout un prépondérance du pouvoir exécutif : la moitié des membres du collège plénier de l'AMF sont nommés par le pouvoir exécutif.

2. LA COMISSION DES SANCTIONS

Elle est nouvelle, puisque la COB et le CMF ne comportaient qu'une seule instance. Cette évolution tient compte de la jurisprudence de la dernière décennie qui a annulé des sanctions prononcées par la COB pour manque d'impartialité des formations de jugement. C'est ainsi qu'une commission des sanctions a été crée.

Elle est composée de 12 membres qui sont distincts de ceux du collège. Le mandat est de 5 ans renouvelable une fois et les membres de la commission sont nommés de la manière suivante :

- 2 conseillers d'Etat
- 2 conseillers à la cour de cassation
- 6 membres désignés par le ministre de l'économie et des finances
- 2 représentants salariés des entreprises ou des prestataires de services d'investissement
- Le président de la commission est élu par les membres de la commission mais il doit être nécessairement choisi parmi les magistrat (conseille d'Etat…)

Cette composition appelle les remarques suivantes :

- Il y a un caractère para-juridictionnel de l'AMF qui a été renforcé par la présence de deux conseillers à la CC et de deux conseillers d'Etat.
- Mais parallèlement, l'importance de l'emprise du pouvoir exécutif se vérifie une nouvelle fois puisque plus de la moitié des membres sont nommés par le ministre de l'économie

III. LE FONCTIONNEMENT

C'est le décret du 28 Novembre 2003 qui prévoit les modalités de fonctionnement du collège plénier et de la commission des sanctions

1. LE FONCTIONNEMENT DU COLLEGE PLENIER

Il se réunit sur convocation de son président ou à la demande de la moitié de ses membres. Le collège ne peut délibérer valablement que si la moitié de ses membres au moins est présente. Puis les décisions du collège sont prises à la majorité des voix avec voix prépondérante pour le président en cas de partage égal des voix.

Le collège plénier de l'AMF peut décider de constituer des commissions spécialisées, il fixe alors les matières dans lesquelles il habilite des commissions spécialisées à prendre des décisions et chaque commission comprend outre le président 5 membres au moins choisis par le collège plénier. La durée d'habilitation de chaque commission spécialisée doit être précisée

2. LE FONCTIONNEMENT DE LA COMMISSION DES SANCTIONS

Règle étroitement liées à la procédure que la commission doit suivre lors des sanctions qu'elle prononce. Aspect procédural (cf. suivant).

B. LES POUVOIRS

I. LE POUVOIR REGLEMENTAIRE

Afin d'exécuter ses missions, l'AMF doit prendre un règlement général qui est publié au JO. En outre l'AMF peut également prendre des décisions de portée individuelle et elle peut publier des instructions et des recommandations aux fins de préciser l'interprétation du règlement général.

Ce règlement général doit être conforme aux normes juridiques qui lui sont supérieures (« hiérarchie des normes »). Lui-même doit être visé par le ministère de l'économie afin qu'il soit conforme à la loi.

Le contenu est précisé à l'article L621-7 du CMF : cet article indique que le règlement général détermine les règles de pratiques professionnelles, les règles relatives aux offres publiques, les règles de bonne conduite, les conditions d'agrément des sociétés de gestion de portefeuille et les principes généraux d'organisation et de fonctionnement des marchés réglementés.

II. LE POUVOIR DE TUTELLE

Il est double : il se décompose en :

- Un pouvoir de contrôle et d'enquête
- Un pouvoir d'injonction

1. LES CONTROLES ET LES ENQUETES

Les contrôles et les enquêtes sont définis à l'article L521-9 du CMF. Ce pouvoir est dévolu à l'AMF pour qu'elle puisse exécuter correctement sa mission et vérifier le respect de leurs obligations par les personnes soumises à son contrôle.

Les personnes susceptibles de faire l'objet de contrôle sont répertoriées à l'article L 621-9,2 du CMF. Il s'agit des prestataires de services d'investissements agrées en France des personnes autorisées à exercer l'activité de conservation ou d'administration d'instruments financiers (dépositaire d'OPCVM), les membres des marchés réglementés, les entreprises de marché, les chambres de compensation, les OPCVM et les sociétés de gestion et les personnes habilitées à effectuer du démarchage financier. A cette liste traditionnelle, la loi de sécurité financière du 1er Aout 2003 a ajouté les conseillers en investissement financiers et les analystes financiers (professions qui s'étaient créer e marge des professions réglementées).

Toutes ces personnes sont donc contrôlées par l'AMF et le président peut déclencher un enquête.

Deux types d'enquête existent :

- Les enquêtes autonomes : les enquêteur de l'AMF peuvent se faire communiquer tous les documents qu'ils jugent utiles quelqu'en soit le support. Ils peuvent convoquer et entendre toute personne susceptible de leur fournir des informations. Ils peuvent accéder aux locaux à usage professionnel, et toute personne convoquée au choix de se faire assister d'un conseil de son choix. Afin d'effectuer des enquête, l'AMF peut également déléguer à des tiers ce pouvoir, mais ces tiers sont énumérés par la loi, il s'agit :

  - Des entreprises de marché (EURONEXT)
  - Des chambres de compensation pour le contrôle de l'activité et des opérations qui sont effectuées par les membres d'un marché réglementé
  - L'AMF peut également nommer enquêteur des commissaires aux comptes et des experts inscrits sur une liste d'experts judiciaires. Par ailleurs, le collège plénier de l'AMF peut demander aux commissaires aux compte des sociétés faisant APE de procéder a des vérifications complémentaires (à la charge de l'AMF)

  ⇨ Dans le cadre de ces enquêtes le secret professionnel ne peut être opposé ni aux agents de l'AMF ni aux tiers auxquels les pouvoirs d'enquête ont été délégués

- Les enquêtes sous contrôle judiciaire : lorsqu'il y a des délis boursiers (infraction pénale passible du tribunal correctionnel), l'AMF doit ensuite se faire aider de la justice. Le président de l'AMF va demander au président du TGI territorialement compétent d'autoriser les enquêteurs à effectuer non seulement des visites sur les lieux ais aussi à procéder à des saisies de documents. Le juge doit vérifier que la demande est fondée et s'il fait droit à la demande il désigne un officier de police judiciaire qui sera chargé d'assister à ces opérations et de l'informer de leur déroulement

2. LES INJONCTIONS

Ce pouvoir appartient au collège plénier de l'AMF et son président.

Lorsqu'au cours d'une enquête l'AMF se rend compte d'irrégularités, elle peut demander à la personne qui les a commise de présenter des explications et ensuite le collège peut ordonner qu'il soit mis fin aux pratiques contraires aux dispositions législatives ou réglementaires. Mais cette injonction ne peut avoir lieu que si ces pratiques portent atteinte aux fonctionnement de marché ou procurent des avantages injustifiés à leur auteur ou bien portent atteint à l'égalité d'information.

III. LE POUVOIR DE SANCTION

Il est fondé sur les articles L521-15 et svts su CMF. Ils précisent les personnes sanctionables (cf. liste), la procédure que doit suivre la commission des sanctions (calqué sur le procès pénal) et les différentes sanctions susceptibles d'être prononcées.

- Impartialité (cf. plus haut)
- Droit du contradictoire : droit de pouvoir répondre à tous les arguments présentés contre soi

Lorsque à la suite d'une enquête diligentée par le collège plénier, le président de l'AMF décide de poursuivre (déclencher des poursuites), il doit notifier les griefs (chefs d'accusation, moyens de droit) à la personne mise en cause, le dossier est transmis à

la commission des sanctions qui désigne un rapporteur parmi ses membres. Puis la personne mise en cause dispose d'un délais d'un mois pour transmettre au président de la commission des sanctions ses observations écrites sur les griefs qui lui ont été notifiés. Un rapporteur est désigné et il va alors procéder à toutes les diligences utiles (le rapporteur peut entendre les personnes qu'i estime utile d'entendre, la personne mise en cause peut également demandée à être entendue par le rapporteur, le rapporteur a déjà le rapport d'enquête mais peut faire une enquête complémentaire s'il le veut). Le rapporteur établit ensuite un rapport sur l'affaire. Ce rapport est communiqué à la personne mise en cause puis la personne mise en cause est convoquée devant la commission des sanctions (formation de jugement) dans un délais qui ne peut être inferieur à 30 jours : on doit lui laisser le temps nécessaire pour préparer sa défense. Puis, une séance à lieu dans les locaux de l'AMF et cette séance peut être publique à la demande de la personne mise en cause. La personne mise en cause ou son avocat présente ses observations et la défense doit avoir la parole en dernier (sinon pas d'impartialité dans le procès). Il y a ensuite un délibéré et la sanction est prononcée.

La sanction peut être un avertissement un blâme, une interdiction d'exercer la profession à titre définitif ou temporaire plus une amende (qui peut être importante : jusqu'au décuple des profit réalisés illégalement sur les marchés) et les sommes sont versées au Trésor Public.

Précision : la commission des sanctions ne peut être saisie pour des faits remontant à plus de 3 ans sauf si pendant ces 3 années il y a eu un acte interruptif de prescription (procédure judiciaire). Si l'acte a été dissimulé le délais de 3 ans ne court qu'à compter de sa révélation.

CHAPITRE 2 : LES INTERVENANTS SUR LES MARCHES

- ⇨ Les émetteurs :
  - Notions d'APE
  - Instruments financiers émis par les sociétés faisant APE

RAPPEL DROIT DES SOCIETES :

- ✓ Sociétés civiles
- ✓ Sociétés commerciales : sociétés de personnes (SNC, société en commandite simple : sociétés fermées, émettent des parts sociales) / sociétés de capitaux (SA : émettent des actions librement négociable)

A. L'APPEL PUBLIC A L'EPARGNE

I. DEFINITION

L'origine de la notion d'APE est l'article 72 de la loi du 24 Juillet 1966. Cet article retenait 4 critères de l'APE :

- 1er critère : la cotation des titres
- 2ème critère : le placement des titres avec le concours d'intermédiaires
- 3ème critère : le recours à la publicité pour le placement des titres
- 4ème critère : le recours au démarchage

Si l'un de ces critères était rempli, la loi pose une présomption d'APE. Seulement, la COB estimait que les critères posés à l'article 72 n'étaient pas limitatifs et la COB avait posé un critère de plus : celui de la diffusion des titres dans le public.

Cela était incommode pour les sociétés, on ne savait pas à partir de quel seuil d'actionnaire on faisait APE : la COB se laissait une marge d'appréciation. Certaines sociétés avec des titres assez diffusés dans le public ne savaient pas si elle devait respecter les règles des sociétés faisant APE.

Loi du 2 Juillet 1998 : a redéfinit l'APE et la notion se trouve aujourd'hui à l'article L411-1 du CMF : l'APE est constituée par l'admission d'un instrument financier aux négociations sur un marché réglementé (la société est cotée) ou bien alors par l'émission ou la cession d'instruments financiers dans le public par recours à la publicité au démarchage à des EC ou à des prestataires de Services d'Investissement.

- ⇨ Si une société est cotée, elle fait nécessairement APE, mais une société non cotée peut aussi le faire si ses titres sont diffusés dans le public (opération de démarchage)

La loi dit que l'APE n'est pas constitué si les titres font l'objet d'un placement privé. La loi dit que « ne constitue pas une opération d'APE l'émission ou la cession d'instruments financiers réalisés auprès d'investisseurs qualifiés ou dans un cercle restreint d'investisseurs sous réserve que ces investisseurs agissent pour leur propre compte ».

⇨ 2 Notions à clarifier :

- L'investisseur qualifié : personne morale disposant des compétences et des moyens nécessaires pour connaitre les risques encourus par le placement. Le décret du 1er Octobre 1998 donne une liste des investisseurs qualifiés
- Cercle restreint d'investisseur : composé de personnes autres que les investisseurs qualifiés et de personnes liées au dirigeant de l'émetteur par des relations personnelles à caractère professionnel ou familial. Un cercle restreint d'investisseur doit comporter moins de 100 personnes. (si supérieur = APE)

II. LES CONSEQUENCES DE L'APE : LA COMMUNICATION FINANCIERE

Il s'agit essentiellement de respecter les dispositions de la directive prospectus et de la directive transparence.

Une société qui fait APE doit rédiger deux prospectus :

- Un prospectus complet : à destination de l'AMF, information complète sur la société émettrice et sur les titres émis
- Un prospectus simplifié : à destination des investisseurs, il donne les caractéristiques principales de la société émettrice et des titres émis

La directive transparence : elle impose aux sociétés émettrices de donner régulièrement des informations aux marchés : essentiellement des informations financières (comptes, résultats, prévisions, effectifs…), contraintes que seuls les grandes sociétés peuvent respecter ⇒ sociétés sur EUROLIST.

B. LES TITRES EMIS : INSTRUMENTS FINANCIERS

Vocabulaire : instruments financiers existe depuis la directive DSI de 1993

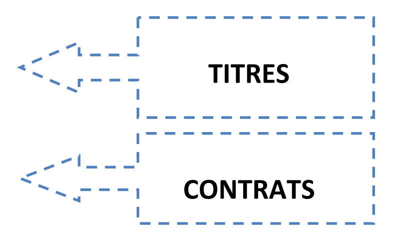
Action : titre de propriété / Obligation : titre de créance

⇨ En réalité les deux sont des titres de créance mais l'exigibilité est différente

En droit des marchés financiers :

- Titres de capital : équivalent des actions
- Titres de créance : obligations
- Titres de FCP, FCC

- Contrats financiers à terme



Principe : libre création des titres. La seule restriction : on ne peut pas transformer une action en obligation, on ne veut pas que les actionnaires deviennent obligataire à la liquidation d'une société et privent ainsi les créanciers.

I. LES TITRES SIMPLES

Les titres simples sont **librement négociables** (actions, obligations), mais il y a dans une SA des **limites** à ce principes :

- Clause d'agrément : la vente d'action de la société est soumise à l'agrément préalable des actionnaires
- Clause de préemption : tout actionnaire est obligé de proposer les actions qu'il veut vendre prioritairement aux actionnaires déjà en place

Les titres sont dématérialisés, plus de support papier, ils font l'objet d'une inscription en compte.

Droit des actionnaires :

- Droit à l'information : rapport des CA, des commissaires aux comptes, questions psé par écrit aux dirigeants…
- Droit de vote en assemblée
- Prérogatives financières : droit aux dividendes, droit aux réserves, droit au boni de liquidation

Droit des obligataires :

- Droit au remboursement du capital selon les modalités fixées lors du contrat d'émissions des obligations
- Droit aux intérêts selon les mêmes modalités
- Droit de se constituer en masse : il faut constituer autant de masse que de catégories d'obligations existant dans la société, la masse a la personnalité morale, elle a un représentant élu par la masse. Le principe est que la masse doit être consultée à chaque fois que la société souhaite modifier les droits des obligataires.

II. LES TITRES COMPLEXES

Depuis la loi du 14 Décembre 1985 : liberté de création de titre :

- Actions de préférence
- Obligation complexe

⇨ Leur régime juridique résulte d'une ordonnance du 24 Jun 2004 qui a remodelé les titres complexe. Pourquoi ?

Pendant 20 ans (fin 84-2004) les praticiens ont eu une liberté de création des titres, il en est résulté une certaine confusion. Tous les titres complexes crées soit par le législateur soit par la pratique avait des régimes juridiques différents.

D'où l'ordonnance de Juin 2004 qui a mis de l'ordre dans cet ensemble. Selon le régime institué en 2004, les différentes actions complexes sont devenues des actions de préférence. On a utilisé une terminologie anglo-américaine (« prefered shares ») soumise à un régime juridique unique.

Tous les titres obligataires complexes sont maintenant régis par un régime unifié : OCEANES, OBSA etc.…

1. LES ACTIONS DE PREFERENCE

Depuis les années 80's : intérêt est d'aménager des droits de vote. On peut créer des actions de préférence à hauteur de 25% du capital d'une société cotée et de 50% du capital d'une société non cotée.

Intérêt d'émettre des actions sans droit de vote : lorsqu'une société émet des titres sur le marché elle prend le risque d'une cession de contrôle, risque qu'elle supprime si elle émet des titres sans droit de vote, car un tel titre va intéresser un bailleur de fonds mais pas une personne cherchant à prendre le contrôle d'une société.

- ⇨ Technique ANTI-OPA

Autre avantage : ces titres peuvent également servir dans les cessions de contrôle. Dans les cessions de contrôle l'élément central est le prix :

Si on a un capital de 100, pour avoir le contrôle on va devoir payer 51, mais le prix de la cession de contrôle s'apprécie par rapport au capital votant, si une partie du capital est « muet », on abaisse doc le prix de la cession de contrôle. Si 50% est muet, cela ne coute que 26 !

- ⇨ Abaisse le prix de la cession de contrôle en rendant muet une partie du capital en permettant à un ancien dirigeant de garder des actions sans droit de vote et donc d'avoir des revenus

Cela permet aussi **d'avoir un droit à l'information renforcée** : une société de capital risque entre dans le capital d'une société de haute technologie. Souhaite faire un investissement rentable et ne pas y rester pendant trop longtemps, mais pendant son temps en tant qu'actionnaire il veut un accès privilégiée à l'information : siéger à titre informatif au CA…Une seule limite dans ces aménagements : il ne faut pas transférer au capital risqueur des pouvoir dévolus au CA ou à l'Assemblée. Si dans la société, qui n'est pas cotée, il y a une clause d'agrément dans les statuts mais le capital risqueur n'en veut pas : donc l'émission de capital sera faite avec des actions de préférence : non respect des clauses d'agrément des statuts, droit à l'information renforcée.

La décision d'augmentation de capital est faite en AGE mais les actionnaires en place ont un droit préférentiel de souscription (DPS) à titre irréductible : si on a 10% du capital d'une société on peut souscrire à hauteur de 10% dans l'augmentation de capital de telle sorte que les actionnaires aient la même part avant et après.
Souscription a titre réductible : si on a 10% et que l'on veut 25% (vente des DPS).

Dans l'AGE de notre exemple on décide d'augmenter le capital et les actionnaires en place renoncent à leurs DPS.

Les actions de préférence permettent également d'aménager les prérogatives financières :

- Le dividende majoré : début des 90's, AIRLIQUID avait seulement 6% de son actionnariat dont les actions étaient au nominatif, l'entreprise ne contrôlait pas la composition de l'actionnariat. Elle a proposé de mettre les actions au nominatif contre le versement d'un dividende majoré au bout de deux ans.

    - au nominatif → l'action est inscrite dans les comptes au nom de l'actionnaire
    - titre au porteur → en nom d'une société, l'entreprise ne connait pas l'actionnaire

- L'initiative d'accorder un dividende majoré a été prise en 1993 par quatre sociétés (SEB d'abord, puis Air liquide, Siparex et De Dietrich) qui voulaient « récompenser » la fidélité de leurs actionnaires. Après un débat assez vif, le législateur est intervenu, avec la loi du 12 juillet 1994, pour encadrer la pratique de ces « primes de fidélité ». La clause instituant cette majoration doit figurer dans les statuts, étant entendu que la fixation, la modification ou la suppression de cette prime relèvent de la compétence d'une assemblée générale extraordinaire. Le dividende majoré peut être attribué à tout actionnaire qui justifie, à la clôture de l'exercice, d'une inscription nominative de ses titres depuis au moins deux ans. Afin de ne pas trop réduire le bénéfice distribué, la loi a plafonné la majoration à 10 % du montant du dividende

normalement versé. Enfin, les titres d'un même actionnaire donnant droit à la majoration ne doivent pas excéder 0,5% du capital. Les avantages de ce dispositif sont surtout psychologiques, car l'intérêt financier apparaît limité du fait du montant modeste de la majoration.

A l'inverse des actions nominatives dont le détenteur est identifié, on a les actions au porteur dont on ne connait pas le détenteur.

Ensuite, **l'ordonnance de 2004 a permis de créer des actions de préférence traçante**s. Les dividendes versés au titre de l'action traçante dépendront de l'activité de la branche de l'activité tracée. Le problème est de limiter le domaine de l'activité tracée. Ce type d'action correspond mal au droit français, si une année, A et B sont bénéficiaires mais pas assez pour des dividendes et donc il est impossible de distribuer à la branche C dite « tracée » car cela reviendrait à distribuer des dividendes fictifs.

Les actions traçantes ou actions reflets (ou tracking stocks en franglais) sont des actions dont la performance est indexée sur les résultats d'une filiale ou d'une division. L'action traçante est techniquement une action de la société mère ; elle ne donne donc pas de droit de vote sur les décisions de la filiale qu'elle est censée représenter. Cependant, en cas de cession de l'activité concernée, le porteur d'action traçante a droit à une part de plus-value. Elles permettent à leur émetteur de conserver un contrôle total sur la filiale tout en extériorisant une valeur pour le marché et en offrant un outil de paiement pour des acquisitions.

Le problème en droit français vient du fait que si les filiales d'une société font des pertes, à l'excepté de la filiale tracé qui fait des bénéfices, le groupe fera des pertes. Des lors, le groupe ne pourra pas verser de dividende qui serai considéré comme fictif, le groupe n'ayant pas un résultat suffisant et du fait de l'unité de groupe.

La décision d'émettre des actions de préférences **est du ressort de l'AGE** qui peut ensuite déléguer ces pouvoirs au CA ou au directoire pour réaliser l'augmentation de capital. Pour qu'une émission d'actions de préférences soit possible, il faut qu'une clause des statuts le prévoie, dans le cas contraire, il faudra modifier les statuts en première résolution de l'AGE avant la création des actions de préférences en seconde résolution.

Une fois créée, les titulaires des actions de préférences ont un droit au maintien de leur droit. La société ne peut pas modifier les droits des actionnaires de préférence sans la tenue d'une assemblée spéciale des porteurs d'actions de préférences acceptant les dites modifications.

Les actions de préférences peuvent redevenir des actions ordinaires selon les modalités prévues dans le contrat d'émission. Une période peut être prévue avant qu'elle redevienne classique. La préférence peut devenir sans objet si la clause quelle concerne n'existe plus.

2. LES OBLIGATIONS COMPLEXES

Elles ont pris un grand essor depuis les 80's. Néanmoins, la première expression de ces titres résulte d'une loi de 1953 relative aux obligations échangeables en actions. Ensuite, dans la loi de 1966 ont été créée les obligations convertibles en actions. Pui un grand nombre de titres ont été créée comme les ORA (O Remboursable en A), les OPSA, les OPSO ainsi que d'autres titres sophistiquées comme les OCEANE (obligation convertible ou échangeable en action nouvelle ou existante).

Les obligations échangeables en actions se font très peu aujourd'hui du fait de leur complexité. La société émet un emprunt obligataire au travers d'OEA. Il faut une AGE car il y une augmentation de capital du simultanée afin que tous les obligataires puissent échanger leurs titres. A l'échéance de l'emprunt, soit le cours de l'action sous-jacente a suffisamment monté pour que les investisseurs demandent le remboursement de l'obligation échangeable en actions sous-jacentes. La dette disparaît alors du bilan de la société ainsi que les actions sous-jacentes. Soit le cours n'a pas suffisamment monté, l'emprunt est alors remboursé en liquidités, et la société garde les actions sous-jacentes.

L'obligation convertible en action permet à son souscripteur d'échanger sa créance contre des actions du même émetteur selon une parité d'échange fixée à l'émission. Il peut arbitrer entre rendement obligataire et plus-value en capital. Cela permet à l'émetteur de réduire le coût de sa dette en émettant une obligation à un taux inférieur à celui d'un emprunt et en offrant une opportunité au souscripteur, de peut-être n'avoir rien à décaisser à l'échéance si l'obligation est convertie et de différer une émission d'action potentiel à un prix supérieur au cours actuel.

Pour une OEA, le montant de l'augmentation de capital est égal au montant de l'emprunt des le début tandis que pour l'OCA, le capital est réajusté à l'échéance de l'obligation en fonction du nombre d'actions converties.

Contrairement aux obligations convertibles, pour lesquelles subsiste toujours un risque de non-conversion, **les obligations remboursables en actions** se transforment obligatoirement en capitaux propres. L'actionnaire n'a pas le choix, il sera automatiquement remboursé par des actions de la société. Cette modalité est assez risquée car la parité d'échange est fixé dés le contrat d'émission des obligations, ainsi si la valeur des actions chute considérablement, le souscripteur sera perdant. Pour la société c'est la certitude de ne pas avoir à débourser de trésorerie pour rembourser l'emprunt obligataire. On utilise les ORA dans des hypothèses très différentes. A savoir qu'une société ayant besoin d'un financement à moyen long terme pour réaliser un projet pour avoir recours à un emprunt classique ou à des ORA en partie ou totalement.

C'est une obligation classique à laquelle s'attache un ou plusieurs bons de souscription (deux titres en un), qui donnent le droit à son détenteur de souscrire à des actions à émettre. Les conditions de souscription (période de souscription, prix...) sont déterminées à l'avance. Le bon et l'obligation sont cotés séparément et le détenteur de l'obligation peut vendre le bon de souscription. Le taux attaché à l'OBSA est plus que le taux d'une action classique du fait du bon de souscription. **L'OBSA apporte de nombreux avantages pour l'émetteur** :

- l'emprunt émis dans ces conditions permet à l'entreprise de payer un taux d'intérêt inférieur aux conditions du marché; car comme cela a été expliqué précédemment, l'emprunt donne un avantage avec les warrants qui lui sont attachés.
- l'entreprise peut faire souscrire l'OBSA par d'autres entreprises partenaires, cela afin de diminuer le risque d'une éventuelle OPA. En cas de réelle menace, les sociétés utiliseront leur droit de conversion ce qui rend plus difficile la prise de pouvoir de la société.

L'OBSA apporte à son détenteur, dans le cas où il exerce son bon, la possibilité de devenir actionnaire tout en demeurant obligataire. Deux possibilités sont à la disposition du souscripteur:

- il peut décider d'exercer son bon lorsqu'il constate que les taux en vigueur sur le marché sont inférieurs à ceux de l'emprunt.
- il peut refuser de souscrire et revendre le warrant et l'obligation qu'il détient, souscrivant ainsi à la proposition de l'emprunteur.

Pour les **OBSO**, le principe est presque le même sauf qu'il s'agit là d'une obligation classique, à laquelle sont attachés, lors de l'émission, un ou plusieurs bons de souscription donnant le droit (et non la nécessité) de souscrire par la suite à des émissions obligataires nouvelles, ce avec des conditions prédéfinies. Le bon est coté sur le marché secondaire séparément de l'obligation.

Les obligations convertibles échangeables en actions nouvelles ou existantes (OCEANE) sont des titres à caractère obligataire émis par une société qui donnent le droit, mais non l'obligation, à leur détenteur, de les convertir, à tout moment ou sur une période donnée. La nouveauté réside dans la possibilité pour l'émetteur de remettre, en cas de conversion, des actions nouvelles ou existantes qu'il pourra prélever sur son autocontrôle ou sur le marché par un plan de rachat d'actions, voire de panacher les deux formules. Il peut ainsi mieux maîtriser le risque, à terme, de dilution de son capital, principal handicap d'une émission d'obligations convertibles classiques. Les OCEANE qui font l'objet d'un remboursement normal ou anticipé ne laissent au porteur qu'un délai de sept jours ouvrés entre la date de l'avis annonçant le remboursement et le moment effectif du remboursement (contre trois mois pour les obligations convertibles). Ainsi, les OCEANE diffèrent des obligations convertibles classiques tant par la nature des titres remis que par le délai de conversion ou d'échange.

Tous ces titres ont fait l'objet d'une refonte de leur régime juridique par l'ordonnance du 21 Juin 2004. Le régime juridique a été harmonisé alors qu'antérieurement, il existait un régime juridique par catégorie de titres.

Une fois qu'une société émet des titres complexes, elle doit protéger les droits des obligataires ayant des titres complexes.

III. LES OPCVM

Un OPCVM est créée conjointement par u**ne société de gestion ou un dépositaire** et peu prendre la forme d'une SICAV ou d'un FCP.

Une société à pour activité la gestion de titres pour compte de tiers. Elle a le statut de prestataire de service d'investissement agréée pour la gestion de portefeuille. Avant la loi de sécurité financière de 2003, il existait deux types de sociétés de gestions. Les sociétés de gestions de portefeuilles pour les particuliers et les sociétés de gestions d'OPCVM. Depuis la loi, le régime des sociétés de gestion est unifié.

Un OPCVM doit obligatoirement être géré par une société de gestion quand l'OPCVM a la forme d'un FCP, car la FCP est dépourvu de personnalité morale et n'a pas d'existence juridique propre alors que le recours à une société de gestion est facultatif quand l'OPCVM a une forme de SICAV, car la SICAV est une société anonyme à capital variable. La société de gestion doit être agréée par l'AMF qui propose des modèles types de statuts. L'AMF statut dans les trois mois du dépôt du dossier.

La société de gestion doit prévenir les conflits d'intérêt. Elle doit adopter une organisation réduisant ces conflits. Elle doit garantir une autonomie de gestion en établissant une distinction nette entre les activités de la société de gestion et les activités du dépositaire.

De surcroit, la société de gestion doit agir au bénéfice exclusif des porteurs de parts. La société de gestion doit donc valoriser les actifs du fonds à leur juste valeur sous peine de voir sa responsabilité mise en cause. Toute société de gestion doit avoir un déontologue qui aura pour mission de vérifier l'application des règles de bonne conduite par la société de gestion.

La société de gestion a pour mission de représenter les OPCVM. La société de gestion peut agir en justice au nom du FCP et cela même devant la juridiction pénale. C'est aussi la société de gestion qui va représenter le FCP dans l'exercice des droits attachés au titre. La société de gestion peut déléguer ses pouvoirs à un tiers, mais toute est soumise à l'agrément de l'AMF, sachant qu'une société de gestion ne peut pas déléguer la totalité de ses fonctions. La société de gestion reste responsable (civilement comme pénalement), même en cas de délégation de pouvoir.

La responsabilité de la société de gestion est prononcée solidairement avec le dépositaire. La société de gestion peut se voir infliger des sanctions pénales en fonction d'infractions de droit commun comme l'escroquerie, l'abus de confiance, la publicité mensongère.

Tout OPCVM à l'obligation de confier ses actifs à un dépositaire unique qui lui est distinct. Les dépositaires d'OPCVM ont été créées par la directive européenne de 1985. Les dépositaires d'OPCVM sont soumis aux dispositions communes aux OPCVM du CMF. Le dépositaire est choisit sur une liste de personne morale arrêté par le ministre de l'économie. Les dépositaires sont habilités à exercer l'activité de tenue de compte conservation d'instrument financier.

Il ne peut y avoir qu'un seul dépositaire pour un OPCVM, mais bien entendu un dépositaire peut détenir les actifs de plusieurs OPCVM. Le dépositaire doit avoir son siège social en France et est désigné dans les statuts de la SICAV ou du FCP. Le dépositaire n'a pas passeport européen.

Le dépositaire a un rôle actif dans la constitution des OPCVM car il contribue à les créer avec la société de gestion. Le dépositaire à une mission de contrôle, c'est-à-dire que le dépositaire veille au respect par la société de gestion des règles légales et déontologiques qu'elle doit observer. Il vérifie les règles de valorisation retenue par la société de gestion. Si le dépositaire se rend compte que la société de gestion ne remplit pas correctement ses obligations, le dépositaire peut établir un rapport à l'AMF et au commissaire aux comptes de la société de gestion.

Le dépositaire peut lui aussi procéder à des délégations de pouvoir, mais ces délégations ne l'exonère pas de responsabilités. Sa responsabilité peut être civil comme pénal.

Les SICAV sont des sociétés anonymes à capital variable. Il faut donc se reporter au droit des sociétés. Cette SICAV devra ensuite être agréée par l'AMF puis pourra fonctionner. La SICAV pourra avoir une direction de type dualiste ou moniste. C'est une personne morale, elle peut donc gérer elle-même l'OPCVM. Elle n'a pas l'obligation de passer par une société de gestion et sera dans ce cas autogérée. Pour être autogérée, la SICAV doit offrir les mêmes garanties que la société de gestion. Quand au droit des actionnaires, ce sont les mêmes droit que dans toutes SA (dividende, AG,…). Dans les SICAV, aucune mise en réserve des bénéfices n'est possible. La mise en paiement du dividende doit intervenir dans le mois qui suit la tenue de l'AG ayant approuvée les comptes de l'exercice.

Les actions de SICAV sont en principe émises à tout moment et à tout moment les actionnaires peuvent vendre leurs actions. La SICAV est contrôlée par le dépositaire et par le commissaire aux comptes. Dans une SICAV, le commissaire aux comptes est désigné par le CA et il faut obtenir l'accord de l'AMF et nommé pour 6 exercices.

Les FCP sont des copropriétés d'instrument financier non doté de la personnalité morale. Ils sont régis par le CMF et par le règlement général de l'AMF. La constitution d'un FCP nécessite l'élaboration d'un règlement et l'agrément de l'AMF. Le règlement du fonds doit être élaboré conjointement par la société de gestion et par le dépositaire.

C'est une copropriété d'action, les investisseurs ont donc des droits limités par le règlement du fonds. La gestion du FCP est de la compétence exclusive de la société de gestion. La société de gestion a pour mission d'effectuer toutes les opérations relatives aux titres.

Le fonds est contrôlé par le dépositaire qui a pour mission de conserver les actifs du FCP. Le dépositaire exerce aussi un contrôle sur les décisions de la société de gestion. On a un contrôle des commissaires aux comptes comme dans une SICAV.

Il y a une classification des OPCVM par l'AMF (56 types d'OPCVM définissent). A tous les stades de constitution d'un OPCVM, il est nécessaire de détenir un agrément AMF. La procédure d'agrément est prévue dans le règlement général de l'OPCVM. Il faut donner à l'AMF une fiche décrivant les caractéristiques de l'OPCVM, ainsi qu'un prospectus complet et un simplifié et une note détaillée. Il faut également joindre les statuts de la SICAV ou du FCP qui abrite l'OPCVM. Si l'AMF ne réagit pas, l'agrément est réputé accordé dans un délai d'un mois. L'agrément vaut passeport européen, donc l'OPCVM peut être commercialisé dans tous les pays de l'UE.

La gamme des actifs dans lesquels les OPCVM peuvent investir sont très étendu. La directive du 21 Janvier 2002, a intégré toute une série d'instruments financiers qui n'était pas mentionné antérieurement.

Cette directive a été transposée en droit français par la loi de sécurité financière du 1er aout 2003.

La valorisation des éléments d'actifs d'une OPCVM doit pouvoir se faire à tout moment. Les règles de valorisation sont fixés sous la responsabilité de la SICAV ou de la société de gestion. Ces règles sont soumises à l'agrément de l'AMF lors de la création de l'OPCVM. Tout projet de modification des règles d'évaluation doit être soumis à l'AMF.

L'importance de la valeur liquidative d'une OPCVM est la suivante :

- il s'agit de connaitre le prix d'achat ou de vente des actions d'une SICAV ou d'un FCP.
- Les modalités de calcul doivent être précisé lors de la création de l'OPCVM.

La valeur liquidative est la valeur de la part de FCP ou la valeur de l'action de SICAV. La périodicité du calcul de cette valeur varie selon le montant de l'actif de l'OPCVM. Si son actif est inférieur à 150M€, il faut une valorisation toute les deux semaines. En revanche, si l'actif est supérieur à 150M€, la valorisation doit se faire tous les jours de bourse. Il doit être possible de connaitre à tout moment la valeur liquidative d'un OPCVM, elle est donc publié.

L'émission de parts ou d'actions, une nouveauté à été institué par la loi de sécurité financière de 2003, qui a supprimé de l'obligation d'émettre des parts tout au long de sa vie.

Certaines OPCVM sont soumis à des régimes spéciaux :

- l**es OPCVM a compartiment i**mplique un patrimoine d'affectation. Cela permet d'effectuer des cloisonnements patrimoniaux, ce qui s'oppose à la notion du code civil qui implique qu'une personne ne peut avoir qu'un et un seul

patrimoine (cf. commerçant et son fonds de commerce qui protège ainsi ses biens personnels). Cela implique que chaque compartiment représente un patrimoine d'affectation économique. Ces OPCVM à compartiment sont des juxtapositions de portefeuilles titres composé différemment. Un même OPCVM peut ainsi diversifié son offre de placement auprès de sa clientèle qui a le choix du compartiment souhaité.

- **Les OPCVM maitres et nourriciers. L**es nourriciers présentent la particularité d'investir en permanence la totalité de leur actif ou part d'un même OPCVM appelé maître. Tous types d'OPCVM peuvent être un maitre et la classification de l'OPCVM nourricier est celle de l'OPCVM maitre.
- **Les OPCVM bénéficiant de procédures allégées.** Ce sont des OPCVM qui ne sont offert qu'à des professionnels qualifiés.
- **Les OPCVM à formules** présente la particularité d'offrir une performance particulière, la formule, dont les paramètres sont déterminés en fonction de l'évaluation d'un indice ou d'un panier d'indice.
- **Les OPCVM à référence indiciel** sont des OPCVM dont l'objectif de gestion correspond à l'évolution d'un indice d'instrument financier. Ils ont été introduits par un décret de 1998.
- **Les OPCVM d'épargne salariale** recueille et investit en instrument financier l'épargne salariale avec des règles spécifiques.

CHAPITRE 3 : LES TRANSACTIONS

A. LES TRANSACTIONS DENOUEES SUR LES MARCHES

I. LES MARCHES REGLEMENTES

Le décret du 10 mais 1993 a définit les marchés réglementé en disant que ces marchés doivent fonctionner régulièrement selon des règles établit et approuvé par une autorité de marché (AMF).

En France un marché est dit réglementé s'il a une reconnaissance par arrêté du ministre de l'économie.

En France, c'est EUROLIST.

1. L'ENTREPRISE DE MARCHE

Euronext

2. EUROLIST

Eurolist existe depuis 2005. Il regroupe le 1er, le 2nd et le nouveau marché. Eurolist regroupe toutes les entreprises qui été cotée sur ces 3 marchés. Toutefois, le règlement général d'EUROLIST adopté en novembre 2004 s'apparente au règlement du 1er marché, qui été réservé aux grandes entreprises. Par conséquent, EUROLIST impose des contraintes qui seront incompatibles avec des sociétés de tailles moyennes antérieurement coté sur le 2nd marché ou le nouveau marché. Ces entreprises rejoignent alors Alternext.

II. LES MARCHES NON REGLEMENTES OU SYSTEMES MULTILATERAUX DE NEGOCIATION

On voit apparaitre les effets de la directive MIF de 2004 qui a supprimé le monopole boursier.

Il y a des plateformes de négociations qui vont se constituer peu à peu pour concurrencer le marché boursier. Ces systèmes ne peuvent être créé que par des sociétés ayant reçu un agrément du CECEI et étant contrôlé par l'AMF.

L'entreprise de marché Euronext s'est elle-même placée sur le marché concurrentiel en adoptant, pour le marché OTC et pour Alternext, un régime de système multilatéral de négociation.

B. LES TRANSACTIONS DENOUEES HORS MARCHES

C’est un effet de la directive MIF qui permet un système plus souple de négociation des titres. C’est ce que l’on appelle l’internalisation.

Ainsi, si une société de bourse reçoit un ordre d’achat de 10 actions de la société A et un ordre de vente du même nombre de la société A, la société de bourse peut dénouer elle-même la transaction sans avoir à passer par le marché.

Tous les intervenants et investisseurs ont un agrément et sont contrôlés par l’AMF d’où des garanties équivalente et une sécurité juridique analogue que leur transactions soient dénoué sur un marché réglementé, une plateforme multilatéral de négociation ou quelle fasse l’objet d’internalisation.